جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بطنطا

أسباب كسب الملكية
في
القانون المدني المصري

الأستاذ الدكتور
لاشين محمد يونس الغاياتي
عميد كلية الشريعة والقانون - بطنطا
المحامي بالنقض والدستورية العليا

تمهيد :

بين القانون المدني أسباب كسب الملكية في المواد من ٨٧٠ إلى ٩٨٤ وهي عبارة عن الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة و أساس هذا الترتيب قائم علي التمييز بين نوعين من هذه الأسباب :-

النوع الأول: كسب الملكية ابتداء بدون مالك سابق تنتقل منه ، وهذا يتمثل في كسب الملكية بالاستيلاء ٠

النوع الثاني : كسب الملكية بواسطة الانتقال من مالك سابق ، وهذا يتحقق بالوفاة عن طريق الميراث والوصية ، وبالانتقال ما بين الأحياء عن طريق الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة ٠

إذا أسباب كسب الملكية بين الأحياء هي الاستيلاء والالتصاق والشفعة والحيازة ، و أسباب كسبها بسبب الوفاة هي الميراث والوصية ٠

وهذه الأسباب الستة هي محل دراستنا

أما العقد فلا نتعرض إليه هنا لان مجاله في النظرية العامة للالتزامات و أيضا في العقود التي ترد علي الملكية وخاصة عقد البيع ٠

الفصل الأول

الاستيـــلاء

تعـريفـه: هـو حيازة الشيء الذي لا مالك له بنية تملكه ٠

ومن هذا التعـريف يتبين لنـا بـان الاستيــلاء لا يتحقق ولا يقوم إلا بتوافر ثلاثة عناصر :
١- حيـازة أو وضـع اليـد علي الشـيء بنيـة تملكـه ٠
٢- يـرد علـي شـئ لا مـالـك لــه وقـت حصولــه ٠
٣- لابـد ان يكـون الشــيء محـل الاستيــلاء منقولا ٠
لان المنقولات هي الأشياء التي يمكن ان تكون بـدون مالك

فالاستيلاء لا يرد إلا علي الأشياء ولا يرد علي الأموال ثم تصبح هذه الأشياء أموالا فالشيء لا يكون مالا إلا بحصـوله بخلاف العقارات فلا تكون محلا للاستيـــلاء لانــه لا يمكن ان تكون بدون مالك وفقا للمادة ٢،١/٨٧٤ مدني التي تنـص علي ان [[١- الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكـون ملكـا للدولة ٠ ٢- ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح]]

وقد تم إلغاء الفقرة الثالثة من هذه المـــادة بموجب المادة ٨٦ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ٠
وبذلك أصبحت الأراضي الصحراوية من الأمـــوال المملوكـة للدولة ملكية خاصة مثلها مثل الأراضـي الـزراعية والبـــور والفضاء والعقارات المبنية ٠

وقد نص هذا القــانـون علي انه [[لا يجوز لأي شخص طبيعي او معنوي ان يحوز او يضع اليد بأية صفة كانت علي العقارات

الداخلة في ملكية الـدولة الخاصة التي تسري عليها أحكام هذا القانون إلا وفقا لهذه الأحكام]] م ١/٤٧
ولذلك اصبح الطريق الوحيد لتملك هذه العقارات في ظل هذا القانون هو الشراء بالممارسة أو المزاد العلني أو التوزيع وفقا لنص المادة ٣ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤

الاستيلاء علي المنقول :

تنص المادة ٨٧٠ مدني علي ان [[من وضع يده علي منقول لا مالك له بنية تملكه ملكه]]
ومن هذا النص يتبين لنا بان الاستيلاء علي المنقول الذي ليس له مالك طريق لكسب ملكية المنقـول في الحال دون حاجة إلى مرور وقت معين ٠
وذلك لتـوافـر حيـازة المنقـول بعنصريها المادي بوضع اليد والاستئثار به - والمعنوي القائم علي توافر نية تملكه ٠ ولان حيازته لا تتضمن اعتداء علي حق الغيـر لعـدم ملكيته لاحد ٠

والمنقول الذي لا مالك له إما لانه لم يكن له مالـك أصـلا و إما لان مالكه قد تخلي عن ملكيته له فاصبح بدون مالك بعد ان كان مملوكا ، وفقا للمادة ١/٨٧١ مدني

والاستيلاء سبب لكسب ملكية الأشيـاء المـادية فقط ، بخلاف الأشيـاء المعنـوية فـإنها لا تكتسـب بالاستيـلاء ٠
وبناء علي ذلك لو مزق المؤلف كتابه أو القصة التي ألفهـا إن مزق الرسام اللوحة التي رسمها ووضعها في سلة المهمـلات فان من يستولي علي أوراق القصة أو المؤلف أو حطام اللوحة لا يكسب بالاستيـلاء سوي الأوراق وقماش أو حطام اللوحة فقط أمـا الحـق المعنـوي للمـؤلف أو الكـاتب أو الفنان فانه يظل ملكا له ٠
و بالتالي فلا يجوز لمن استولي علي حطام الشي ان يعرضه أو يقوم بنشره دون إذن من صاحبه ٠

تطبيقـــات الاستيـــلاء

١- الاستيلاء على المنقول الذى لم يكن له مالك اصلا٠

من أهم تطبيقاته :

أ- الأشياء المشتركة : وهي الخارجة عن التعامل بطبيعتهـــا كالـهواء ومـــاء البحر وأشعة الشمس وغيرها مما يمكن للكافة الاستفادة منها ولا يستطيـــع أحـــد ان يستأثر بها في مجموعها ٠ ومع ذلك إذا استحوذ أحد علي قدر معين منها فانه يتملكه ويصير محلا لملكية خاصة بالاستيـــلاء عليها كالمياه في المسقاه الخاصة تكـــون ملكـــا لصـــاحبهـــا ، والـهواء الذي يعبا في اسطوانات معينة كذلك ٠

ب ـ صيد البر والبحر : وصيد البر يشمل الطيـــور فـي الـهواء والغزلان في الصحـــــراء والحيـوانات غير الأليفة تعتبر لا مالك لهـــا ما دامت طليقـــة وفـقا للمـــادة ٢/٨٧١ كالوحوش والزواحـــف والطيـــور في الهواء ، فهذه تصبح ملكا لصائدها بالاستيلاء عليها وفقا للوائح المنظمة لذلك حيث تنص المادة ٨٧٣ مدني علي ان [[الحق في صيـــد البحر والبـــر واللقطـــة والأشيـــاء الأثرية تنظمه لوائح خاصة]] ويفرق الفقه الوضعي بين الحيـــوانـــات الأليفـــة وغيـر الأليفة ، فالأولى كالمواشي والأغنـــام والـــدواجن لا يجـــوز تملكهـــا بالاستيـــلاء عليهـــا إذا ظلت أو تسربت لأنها تبقي علي ملكية صـــاحبهـــا فهي بمثـــابـــة الأشيـــاء الضائعة التي يجب علي من يعثرها ان يردها إلى مالكها ٠

وهل يشترط لتمام الاستيـــلاء علي صيد البر ان يضع يده علي الشيء بالفعل؟؟؟

لا يشترط ذلك بل يكفي ان يكون الحيوان أو الطير في حالة تمكن الصائد من وضع يـــده عليه حتى ولو وقع الصيد

في ارض الغير ٠ وهذا لا يتحقـق إلا إذا أصيب الحيـوان أو الطير بإصابة قاتلة تعجزه عن الفرار او الإفلات من الصائـد(١)
أما صيـد البحـر فـانـه يحتـوي علي السمـك فـي المـاء واللؤلؤ والمرجان والعنبـر والإسفنـج والأعشـاب البحـرية ، وغيرها من الأشياء الأخرى ٠
ويتحقق الاستيـلاء المكسب للملكية بوقوع السمك في شبكة الصائد ولو لم يخلصه منها ٠(٢)
وهذا بخلاف الأسمـاك الموجودة في المزارع والترع والمساقي الخاصة فانه لا يجوز الاستيلاء عليها أو صيدها إلا بإذن مالكها وإلا كان المستولي عليها سارقا لها ٠

٢- الاستيلاء على المنقولات التي أصبحت بدون مالك

من أهم تطبيقاتها :

أ- الأشياء المتروكة : وهـي التـي تخلي عنها مالكها بقصد النزول عن ملكيتهـا ((م١/٨٧١))

كالأوراق المهملة أو المـلابس البالية أو مخلفـات المبـاني أو المنازل ٠
والترك الذي يصير المنقول بعده من السوائب له عنصـران:
١- مادي وهو التخلي عن حيازة الشيء محل الاستيـلاء ٠
٢- معنوي وهو نية النزول عن ملكية الشـيء المنقـول ٠
والظروف والملابسات هي التي تدل علي توافـر قصد النزول عن هذه الأشياء المتروكة ٠٠٠ فلو ان قطعة مـن الـذهب أو الفضة وجدت في سلة المهملات فلا يجوز الاستيـلاء عليها باعتبارها من الأشياء المتروكة بخـلاف فضـلات الطعـام والملابس القديمة فانه يجـوز الاستيـلاء عليـها ٠

١-د/ عبد المنعم الصده - حق الملكية صـ ٣٦١و ما بعدها د/محمود جمال الدين ذكي الحقوق العينية الأصلية ٢٦١ومابعدها - د/محمد علي عرفه جـ١٣/٢ د/عبد الفتاح عبد الباقي فـ١٩٦ د/عبد المنعم البدراوي فـ٣٧٢
٢-د/ السنهوري حق الملكية ٩/٩ د/محمود جمال الدين صـ٢٠٧

ب ومن هذه المنقولات الحيــوانات غير الأليفة إذا أطلقت بعد الاستيلاء عليها ، و لم يتتبعها مالكها
وقت هروبها أو كف عن تتبعها فإنهـــا والحالة هذه تعود بلا مالك لها ٠ وأيضا منها ((ما روض من الحيـــوانات والفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ثم فقدت هذه العادة ترجع لا مالك لها [م ٢/٨٧١]كالحمام في الأبراج فإنها تظل ملكـــا لمن استولي عليها حتى ولو غادرت المكان ثم عادت والفت هـــذا المكان وإلا فتعود طليقة فيجوز لأي شخص تملكها بالاستيــلاء عليها ٠ (١) فالتخلي واقعة إيجابية تصدر عن المـــالك الذي يتخلص من حيازة الشيء مع انصراف نيته إلى التخــلــي عن ملكيته ولذلك فلا يقوم علي واقعة سلبية كعدم استعمال الشــيء

٣ - الأشياء الضائعة

ان التمييز بين المنقولات المتروكة والمنقولات الضائعـــة أمر واضح ولازم ، حيث ان الأولى : يتخلي عنها صاحبـــها بقصد النزول عن ملكيتها فيجوز الاستيلاء عليها وتملكهـــا ٠ أما الثانية : فإنها باقية علي ملكية صاحبها لانه لم يتخل عنها ويترتب علي ذلك انه لو عثر عليها أحد الأشخاص وجب عليــه ان يردها إلى مالكها ، وان استولي عليها بنية تملكها اعتبـــر سارقا ١٠ إذ الأشياء الضائعة هي التي يفقدها صاحبها دون ان تتوافر لديه نية التخلي عن ملكيتها ، ومن ثم فإنها تبقـــي علي ملكية صاحبها ولا تعد منقولا مباحا أي لا يجوز تملكهـــــا بالاستيلاء عليها ٠

ومن اهم تطبيقاتها الحيوانات الأليفة التي تخرج من حيـــازة صاحبها كالمواشي والأغنام والدواجن ن والحقائب والأمتعـــة التي يغفل عنها المسافرون في المحطات ووسائل المواصـــلات ومحفظة النقود التي تضيع من أصحابها ٠٠٠٠٠كـــل هـــذا يخضع تحت أحكام اللقطة حيث تنص المادة ٨٧٣مدني علي ان الحق في اللقطة تنظمه لوائح خاصة ٠ (٢)

د/ السهوري ٩/٩ د/ محمود جمال الدين صـ٢٦٩
٢ انظر د/ عبد المنعم الصدد صـ٣٦١ فـــ٢٤٩

٤- الكنــــز :

هــو كـل منقــول مدفــون أو مخبوء في عقــار أو منقول ولا يستطيع أحد ان يثبت ملكيته له .
كالنقود والحلي والسبائك من ذهب او فضة ....الـــخ
وقد نصت المادة ٨٧٢ علي الأحكام المتعلقة بالكنز ومن هــذه المادة يتبين لنا بأنه يشترط لاعتبار الشيء كنزا عدة شــروط:

١- ان يكون الكنز مدفونا او مخبوءا في باطن الأرض فالشيء الثمين الموجود في مكان ظاهر لا يكون كنزا بل يعد شيئــا ضائعا تسري عليه أحكام اللقطة .

٢- ان يكون الكنز منقولا ، أما العقار المدفون فقد يعتبر أثــرا تسري عليه الأحكام المتعلقة بالآثــار التــاريخيــة (١)

٣- ألا يستطيع أحد ان يثبت ملكيته له ، فإذا استطــاع شخص ان يقيم الدليل علي ملكيته للمنقول فانه لا يعد كنــزا . بــل لمــالكه ان يستــرده بـدعــوى الاستحقـــاق .
والكنــز وفقا للمادة ١/٨٧٢ يكون لمالك العقار الذي وجد فيه حتى ولو عثــر عليه شخص أخر ، وإذا عثر عليه في منقول فانه يكون لمــالكه أيضا حتى ولو كان غيــر مالك العقــار الــذي وجــد فيه هــذا المنقــول .(٢)

٤ - ان يكون الكنــز مستقلا ومتميزا عن العقار الذي يحويه ، فالمنجم او المحجــر الذي يوجد في باطن الأرض لا يعد كنزا لانه يكون بمثابة جزء منها ولذلك فهو من العقــار . والمعادن والأحجار تعتبر من أملاك الدولة فلا سلطـــان لمالك الأرض عليها .

١-د/ السنهوري ٩/٩ - د/ جمال الدين زكي صـ٢٧١ فـ١٤٨
٢-د/ عبد المنعم الصده صـ٣٦٨ ف ٢٥٠

٥- الآ ثـــــار:

تنص المـادة ٨٧٣ مدني علي ان [[الحق في صيد البحر والبر والأشيـــــاء الأثــرية تنظمه لوائح خاصة]] وهذه الآثار قد تكون من المنقـــولات أو مـــن العـقـــــارات فإذا كانت الأولى فإنها لا تعتبــر من الكنــوز ولا تخضع لاحكام الاستيلاء ، وإذا كانت الثانية فإنها لا تـدخل فـي نطـــاق حق الملكية الخاصة . فالأشياء الأثـــريــة ايا كان نوعها تخضع للقوانين واللـوائـــح الخــاصة وأهمهـــا القـانـــون رقـم ٢١٥لسنة١٩٥١ الذي يبين الأحكام المتعلقة بالآثـــــار .(١) واعتبر جميع الآثار من أملاك الدولة العامة ، عدا ما كان وقفا او ملكا خاصا طبقا لاحكام هذا القانون .

ولا يجوز البحث عن الآثار إلا بترخيص لمن تتوافر فيه شروط معينة ، ويجب علي من يعثر مصادفة علي اثر ان يبلغ عنه في الحال اقرب جهة إدارية او موظف المصلحـــــة المختصة وان يحافظ عليه حتى تتسلمه السلطة الحكومية وإلا اعتبـر مسئولا عن اثر بغير ترخيص فان سلمه او بلغ عنه استحـــق مكـافـأة ملائمة تقدرها لجنة خاصة .(٢)

بل تكفل القانون بحماية هذه الآثــــــار من الهـدم أو النقل أو التجديد أو الترميم أو التغيير علي أي وجه بدون ترخيص مـــن الجهات المعنية ، بل لا يجوز فتح المنافذ أو المطلات علي مبان أو أسوار أو ارض أثرية أو المرور منها إلا بتـــرخيـص من المصلحة المختصة وغير ذلك من الأحكام الأخرى المذكورة في القانون السابق .(٣)

وهذه القوانين الخاصة بالا ثــــار تعد قيودا علي حق الملكية الخاصة فلا يجوز تملكها أو التصرف فيها بأي اوجه من وجوه التصرفات .(٤)

١- راجع د. عبد المنعم الصده ف ٢٥١
٢- انظر المواد ٤، ٥، ٧، ٨، ٩، ١٠ من القانون رقم ٢١٥لسنة ١٩٥١
٣-انظر المواد ١٢، ١٥، ١٧، ١٨ من القانون رقم ٢١٥لسنة ١٩٥١
٤- انظر المواد من ٢٣ إلى ٢٧ من القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١

الفصـــل الثـــانـي

الالتصـــاق

تعريفه:

هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الأخـر ، ومملوكين لمالكين مختلفين ، دون اتفاق بينهما علي هـــذا الاندماج ٠(١)

فالالتصـــاق سبب من أسباب كسب الملكية بنص القانون يكون بمقتضاه لصـــاحب الشيء ان يتملك ما اتصل به اتصالا يتعذر معه فصله منه دون تلف ٠

و حتى يتحقق وجود الالتصـــاق لابد من توافر عدة شروط هي:

١- ان يوجد شيئان ماديان متميـز ان أحـدهـمـا اكثر أهمية من الأخر بحيث يمكن اعتبار أحدهما أصــــلا والأخر تابـعا ٠

٢- تعذر الفصل بين الشيئين دون تلف يلحق بأحدهماو بكليهما ولذلك فان الكنـــز المدفون في العقار أو في المنقول لا يعد ملتصقا بأيهما ، لانه من الممكن فصلـــه عنهما دون تـلـف يلحق بأي منهما ٠
وإذا كان مالك العقار يتملك الكنز لدينا فانه لا يتملكه بسبب الالتصاق ولكن بنص القانون ٠ (٢)

٣- ان يكون الشيئـــان مملـــوكين لمـالكيـن مختلفيـــــن ٠ فالالتصاق يفترض انـــدماج شيئين مملوكين لشخصيـــن مختلفين بدون رضـــاء أحـــد المــالكيــن أو كليهــمـا ٠ فالبناء الذي يقيمه شخص علي أرضه بمـــواد مملوكة له لا يكتسبه بالالتصاق ، بل هو مملوك له أصلا حيث أقامه بماله الخاص ٠

١- د ٠ السنهوري ٨٩/٩ - د ٠جمال الدين زكي ف١٩٠

٢- د ٠ عبد المنعم البدراوي ف ٣٢

٤ - لا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين الســـابقين علي الاندماج ٠
فلو اتفق مالك الأرض مع مقاول ليبني له منـــزلا علي أرضه بمواد يقدمها هذا المقاول فان مالـــك الأرض لا يملك هذه المواد بسبب الالتصاق بل بالاستنـــاد إلى عقد المقاولة نفسه ٠

التكييف الفقهى للالتصــــاق

ان فقهاء القانون الوضعي قد اختلفـوا حول تأصيل هذه الواقعة وهل تعد سببا لكسب ملكية جـــديـــدة ام لا ؟؟
فيري البعض بان الالتصــــاق لا يعد سببا لكسب ملكية جديدة ، و إنما هو واقعة تؤدي إلى إلحـــاق الشـــيء الـذي التصق باعتبـــاره مـــتن الملحقـــات أو التـــوابـــــع ٠(١)

ويري البعض الأخر ان الالتصاق سبب مستقل لكسب الملكيـــة ، فمالك الشيء لا يتملك الشيء الأخر الذي التصق به باعتباره من ملحقاته بل بواقعة الالتصاق لان الشيء الذي التصـق لـم يكن مملوكا من قبل لمالك الشـــيء الأصلـــــــي ٠(٢)

والذي نراه بان الالتصاق واقعة مادية تكون سببا لكسب الملكية لان الشيئين باندماجهما اصبحا شيئا واحدا مما تـــرتب عليـــه كسب ملكية أحد الشيئين لمالك الشيء الأخر إذ يتعذر الفصـــل فيما بينهما دون تلف ٠(٣)

١- د ٠ عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال ف٢٠٨ ، د٠ عبد المنعم البدراوي ف ٢٠ ، د٠ حسن علي الذنون -الحقوق العينية الأصلية بغداد ١٩٥٤ ف٨ ، د ٠غني حسون طه - حق الملكية ١٨٣/١ مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٧
٢- د ٠ عبد المنعم الصده ف٢٥٠ ، د٠ منصور مصطفي منصور حق الملكية ف١١٣ د٠ حسون طه ف١٨٣ أيد هذا الرأي
٣- د ٠ جمال الدين زكي ف ٨٩

معيار التفرقة بين الشيء الأصلي والشيء التابع

ان صور الالتصاق قد تكون منقولا بعقار او منقولا بمنقول وفي كلتا الحالتين لا توجد صعوبة لان الأرض في الصورة الأولى هي الأصل حتى ولو كانت اقل قيمة من المنقول الذي التصق بها ، مثل ما لو أقيم بناءا كبيرا علي ارض قيمتها اقل بكثير من قيمة البناء أما الصورة الثانية منقول بمنقول وهي نادرة الوقوع في الحياة العملية فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما[م ٩٣١مدني]

فالقاعدة إذن ان مالك الشيء الأصلي هو الذي يملك الشيء التابع ويملكه بسبب واقعة مادية هي واقعة الالتصاق٠(١)

حالات الالتصاق

تتعدد الحالات بالنسبة للالتصاق فقد يكون الالتصاق بالعقار أو الالتصاق بالمنقول والأول قد يكون بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان ، أما ما يطلق عليه الالتصاق عقار بعقار فامر لا يتحقق ولا يتصور ٠

وإذا نظرنا إلى الطمي الذي يتراكم علي ارض أحد فانه يعتبر التصاق منقول بعقار لان حبيبات الطمي كانت منقولة عندما التصقت بالأرض ثم اكتسبت الصفة العقارية بهذا الالتصاق شانها في ذلك شان مواد البناء التي تكتسب الصفة العقارية بتشييد البناء بها ٠(٢)

إذن حالات الالتصاق هي : ١- الالتصاق بالعقار بفعل الطبيعة
٢- الالتصاق بالعقار بفعل الإنسان
٣- الالتصاق بالمنقول

١- د ٠ السنهوري ف ٨٩ صـ ٢٤٦

٢- د ٠ عبد الفتاح عبد الباقي ف٢٠٩ ، د حسونه طه ف١٨٤

المبحث الأول
الالتصاق الطبيعي بالعقار

هو الذي يقع عادة بفعل المياه ودون تدخل من الإنسان

<u>التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه</u>

وقد نص القانون المدني المصري في المادة ٩١٨ على هذه الحالة بقوله[الأراضي التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين] ويتبين من هذا النص انه يشترط في تراكم الطمي بفعل مياه النهر عدة شروط هي :

أولا- ان يكون الطمي قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة على مر السنين ٠
فالتدرج شرط في تكوين الأرض حيث يتم عند ارتطام المياه المحملة بذرات التراب بالشاطئ فتكون هذه الزيادة من ترسب الذرات عبر السنين بخلاف الظهور والانكشاف الذي يتم فجأة نتيجة انحسار المياه ٠(١)

ثانيا- ان تكون الأرض الزائدة التي تم تكوينها من الطمي ملاصقة لضفة النهر - لاراضي من يملك الساحل - أما لو حال بينها وبين ضفة النهر طريق عام او جسر أو ترعة أو مصرف أو كانت المياه لا تزال تجري بينها وبين ضفة النهر - الساحل - فان الأحكام الخاصة بالالتصاق لا تسري عليها ولا يجوز للأفراد تملكها بالالتصاق ٠

١- د ٠ عبد الرازق حسن فرج ص ١٤ ،حسام الاهواني ص ٣٠

ثالثا ـ ان تتكون الزيادة بفعل الطمـي عن طريق ترسيب ذراته علي مر السنين وليس نتيجة أعتــداء صاحب الأرض علي مجري النهر كما لو احتال ووضع أخشابا وأحجارا علي حافة ملكه بداخل مجري النهـــر بقصد ترسيب الطمي عليها ٠ فالمالك في هذه الحالة يفوت عليه قصده ويحــرم مــن تملك هــذا الطمـــي ٠ (١) أما لو وضع هذه الحواجز بموجب تصريح من الحكومة فانه يتملك الطمي المترسب بالالتصاق لانه لا يعتبر متعديا

رابعا ـ ان تظهر الأرض الزائدة بفعل الطمي فوق اعلي منسوب لمجري النهر وقت فيضان النهــر العــادي فلا يعتد بتغطية المياه للأراضي في أثناء الفيضانات غير العادية ولذلك قضت محكمة النقض بأنه((يشتــرط ان تكون الأرض الملتصقة نتيجة للطمي قد بلغت من الارتفـــاع حدا يجاوز منسوب ارتفاع المياه في وقت الفيضان العادي ٠))(٢)

وفي حالة توافر هذه الشروط ، فان ملاك الأراضـــي المجاورة للنهر يتملكون ما كونه الطمي علي مــر السنين من الأراضي الزائدة المجاورة لهذه الأراضي وتصبح مملـوكة لهم بحكم الالتصاق وتصير جزءا لا يتجزأ من ملكياتهم ويســري عليها ما يسري علي الأرض الأصلية من أحكام تتعلق بالبيع او الرهن ٠ ولا يجوز للدولة نزع ملكية او إزالة هذا الجزء الزائد والمتملك بالالتصاق إلا بالإجراءات اللازمة لنــزع الملكيــة للمنفعة العامة ٠ وفي حالة تعدد الملاك للأرض المجاورة للنهر تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لارضه ٠ وبمبدأ الإثبات يقع علي كل من يدعي تملك الأرض الزائدة بفعل الطمي بالالتصـاق

١ـ د ٠ رضا وهدان مصادر كسب الملكية ١٩٩٥صـ٤٤

د ٠ عبد المنعم الصده ـ أسباب كسب الملكية ١٩٦٣ صـ٣٣

٢ـ نقض مدني فبراير ١٩٦٠ م١١رقم٢٢ص١٤٨مشار اليه في كتاب يوري ص٣٥٣هامش

أراضي طرح النهر

طرح النهر عبارة عن الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها وكذلك الجزر التي تتكون في مجراه ٠ وهذه الأراضي لا تخضع لاحكام الالتصاق بل تخضع لاحكام خاصة بها ٠ وذلك وفقا للمادة ٩٢١ مدني التي تنص علي ان [[الأراضي التي يحولها النهر من مكانها او ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لاحكام القوانين الخاصة بها ٠]]

و أهمها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها وهو القانون المعمول به الان والذي بمقتضاه تكون أراضي طرح النهر مملوكة للدولة ملكية خاصة تقوم بتأجيرها او بيعها لصغار الفلاحين ٠

ويوجد أيضا ما يطلق عليه بأكل النهر وهو عبارة عن اختفاء ارض عن المكان الذي كانت فيه من قبل بفعل فيضان النهر حيث يطلق عليها الأراضي المقتطعة بأكل النهر فتظهر في أماكن جديدة لم تكن موجودة فيه من قبل وهذه تؤول ملكيتها للدولة تتصرف فيها في نطاق القوانين الخاصة بها ٠

الأراضي التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو البرك

تنص المادة ٩١٩ مدني علي ان [الأراضي التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة ، ولا يجوز التعدي علي ارض البحر إلا إذا كان ذلك لاعادة حدود الملك الذي طغي عليه البحر]

وتنص المادة ٩٢٠ مدني علي ان [ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك،لا يملكون ما ينكشف عنه هذه المياه من أراضي ولا تزول عنهم ملكية ما تطغي عليه هذه المياه] ويفهم من هذين النصين ان الأراضي التي تنكشف عنها مياه البحر أو البحيرات أو البرك أو تطغي عليها هذه المياه لا تخضع لحكم الالتصاق ، و إنما تبقي علي ملك صاحبها الأصلي سواء أكان الدولة أو الأفراد ٠(١)

١ـ د ٠ مصطفي الجمال ـ نظام الملكية صـ٣٣٥ ف ٢٢٦

المبحث الثاني
الالتصاق الصناعي بالعقار
(التصاق المنشات بالأرض بفعل الإنسان)

يتحقق الالتصاق الصناعي بالعقار إذا ما أقيم علي ارض في جوفها بناء أو غراس أو منشات أخري ٠ (١)

والمشرع قد وضع قرينة قانونية تقضي بان كل ما يوجد علي الأرض او تحتها من بناء او غراس او منشات أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض وانه هو الذي أقامه علي نفقته ، ومن ثم يكون مملوكا له [م ٩٢٢ مدني] ما لم يقم الدليل علي خلاف ذلك ٠

وهذه القرينة تستند إلى مبدا عام وهو ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا او عمقا ٠ [م ٨٠٣ /٢ مدني] وهذا هو الأصل ٠

ومن يدعي خلاف ذلك عليه إقامة الدليل علي ما يدعيه فان أقام الدليل علي ان صاحب الأرض هو غير صاحب المنشات او الغراس فان الحال لا يخلو من هذه الصور الثلاثة :

١- إما ان يكون صاحب الأرض قد أقام المنشات او الغراس بمواد مملوكة لغيره ٠
٢ - إما ان يكون صاحب المواد هو الذي أقام المنشات الغراس في ارض غيره ٠
٣- إما ان شخص قد أقام المنشات او الغراس في ارض غيره بمواد مملوكة لغيره أيضا ٠

١- د ٠ مصطفي الجمال ف٢٢٧

ونقــوم بعــرض هــذه الحــالات الثــلاثــة :

الحالة الأولى : المنشات التي يقيمها صاحب الأرض بمــواد مملوكة لغيره

وفقا لنص المادة ١/٩٢٣ مدني نجـد المشـرع يفـرق بين حالتين :

١- الحالة الأولى : عـدم إمكـانية نــع المواد التي استخدمه الباني او الغارس او من يقيـم المنشــات علي أرضه دون ضرر جسيم يلحقها مثل الطوب او الأسمنت او الدهان او غيره مما لا يمكن نزعه دون ضرر جسيم · وفـــي هذه الحالة يتملك صاحب الأرض ما يقام عليها استنـــادا إلى الالتصاق كسبب لكسب الملكية ·

٢- الحالة الثانية : من الممكن نزع ملكيتها كالأبواب والشبابيك والأدوات الصحية ·
وفي هذه الحالة يكون لصاحب المواد ان ينزعها علي نفقته في بحر سنة من اليوم الذي يعلم فيه باندماجها فيما أقــامه الغيـر علي أرضه علي نحو يمتنع معه أعمــال حكـم الالتصــاق · فإذا انتهت المدة السابقة دون ان يطلب ذلك جـــري حكـــم الالتصاق ، فيملك صاحب الأرض هذه المواد استنادا اليــه·(١)

ولكن يلاحظ ان سريان أحكام الالتصاق في هـذه الحالــة نـادر الوقوع في الحياة العملية ، لان مالك الأرض هنا في الغـــالب يتملك المواد او الغراس او المنشات بمجرد حيازته لها وفقـــا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية بشـــرط حسن النيـــة والسبب الصحيح ·

١- د · مصطفي الجمال صـ ٣٣٧ ف ٢٢٨

فـإذا انتفي شـرط حسن النية او السبب الصحيح فـان أحكـام الالتصـاق هـي التـي تسـري ٠

وسواء تم نزع المواد او تملكها مالك الأرض بالالتصـاق فـان مالك الأرض يلتزم بتعويض المالك الأصلي لهذه المـواد عما يكون قد أصابه من ضرر وفقا لقواعد المسئولية التقصيـرية لتوافر ركن الخطا في حقه بسبب إهماله او سـوء نيتـه لعلمه بعدم ملكيته لمـواد البناء او الغـراس ٠

هذا بالإضافة إلى نـزع البنـاء او الغـراس او الحصول علي قيمتهـا ٠[م٩٢٣/٢ مـدني]

ويقـول أستـاذنـا الدكتـور السنهـوري

((والمفروض في كل ما تقدم ان الذي ادمجه صاحب الأرض في أرضه هو من أدوات البناء ٠ أمـا إذا كان قد ادمج شيئا غير أدوات البناء ، كأن ادمج تمثالا او أثـرا ثمينا مملوك للغير ، فانه لا يتملكه بالالتصـاق ٠
ويبقي المنقـول علي ملكيـة صاحبـه ، ولـه في أي وقت ان يسترده ولو بعد انقضاء السنة ، بل ولو احدث نزعه ضررا جسيما بالبناء او بالأرض ، وكل ذلك ما لم يكن صاحب الأرض قد تملك المنقـول بالحيـازة أو بالتقـادم الطـويل)) (١)

١- د ٠ السنهوري ١٠١/٩ صـ ٣٧٣ -
وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ /٣٣٠

الحالة الثانية : المنشات التي يقيمها شخص بمواد مملوكة له علي ارض مملوكة لغيره ٠

تـمهيـد :

إذا أقام شخص بمواد مملوكة له منشات علي ارض مملوكة للغير ، فإنها تصبح ملكـا لصـاحب الأرض بحكـم الالتصاق إذا لم تتم إزالتها ، علي ان يقوم مالك الأرض بدفـع تعويض لمن أقامها ٠

إلا ان المشرع يفرق بالنسبة لطلب الإزالة او التعويض الواجب دفعه من مالك الأرض ، بين حالتي سوء النية وحسن النية عند من أقامها ٠

وتتحقق سوء نيته في حالة ما لو أقامها وهو يعلـم بان الأرض مملوكة لغيره وبدون رضاء مالكها ٠

وتتحقق حسن نيته عند من أقامها في حالة اعتقاده انه صاحب الأرض ، او ان له الحق في إقامة المنشات ٠
والعبرة في تقدير ذلك هي بوقت إقامة المنشات ولا اثر لتغييـر النية بعد ذلك ٠

فلو ان رجلا وضع يده علي ارض بحسن نيته وسبب صحيح ثم أقام عليها مصنعا وبعد مدة تبين له ان سنـده غيـر صحيح لصدوره ممن لا يملك هذه الأرض ((بيـع ملك الغير)) فانه و الحالة هذه يظل حسـن النيـة كما كـان وقت إقامـة المصنـع ٠(١)

١- د٠ عبد المنعم فرج الصده - أسباب كسب الملكية - ف٢١٨

حـالـة سـوء النيـــة :

بناء علي نص المادة ٩٢٤ مدني [[إذا أقام شخص بمواد من عنده منشات علي ارض يعلـــم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، فان المشرع يـرد عليه قصده ويعامله معاملة تتفق مع سوء نيته ٠]]

والدليل علي ذلك انه خيـــــر صـــــاحب الأرض بين أمريـــن :

الأمر الأول : ان يطلب إزالة المنشات علي نفقة من أقامها مـع التعويض ان كان له وجه وذلك في ميعاد سنـــة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشات وهـــذا بصرف النظر عن قيمة المنشات بالنسبة إلـــى قيمة الارض ٠

الأمر الثاني : ان يطلب استبقاء المنشات مقابل دفع قيمتهـــا مستحقة الإزالة (أنقاض) أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشـــات فهو يختار اقل هاتين القيمتين ، وربما تكـــون الأولى هي القيمة الأقل ٠ (١)

لكن ما الحكم إذا لم يحدد صاحب الأرض موقفه حيث لم يطلب إزالة المنشات ولم يطلب استبقاءها ؟؟؟

في هذه الحالة وفقا للمادة ٢/٩٢٤ يجوز لمن أقامها ان يطلب نزعها بشرط عدم وجود ضرر بالأرض ٠
إلا أن مالك الأرض يستطيع في أي وقت ان يعطـل هذا الطلب إذا اختار استبقاء المنشات ٠

١- المادة ٩٢٤ / ١ مدني

حـالـة حسـن النيـة:

بناء علي نص المادة ٩٢٥ /١ مدني [إذا كان من أقام المنشات المشار إليها في المواد السابقة يعتقـد بحسن نيته ان له الحق في إقامتها فان المشرع يعامله معاملة تتفـق مع حسن نيته ، حيث لا يجوز لصاحب الأرض ان يطلب إزالـة المنشات أخذا باعتبارات العدالة التي توجب مراعاة حسن نيـة من أقام المنشات ٠
ولكن يثبت الحق في طلب الإزالة في هذه الحالـة لمـن أقـام المنشات بحسن نية ـ ظن انه وارث او موصى له ـ بشـرط الا يترتب علي إزالة المنشات ضـرر جسيـم يلحق بالأرض ـ لا ينتفع بها ٠

فـإذا لـم يطلـب صـاحب المنشـات الإزالة ، ولم ينزل صاحب الأرض عن ميزة الالتصاق فان هذا الأخيـر يكسب ملكيـة المنشـات بالالتصـاق ويلتـزم بتعـويض صاحبها ٠
والمشرع يخير صاحب الأرض بين أمـريـن :
١- دفع مقدار ما أنفقه صاحب المنشـات أي قيمة المـواد و أجرة العمل ٠

٢- دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمـن الأرض بسبـب هـذه المنشـات ، وفقا للقواعد العامة للإثراء بلا سبب حيث يلتزم صاحب الأرض بأقل هاتين القيمتين :قيمة الافتقار او الاثراء ٠
وتقدير قيمة الإثراء وقت استرداد العقار لا وقت إقامة المنشات لان وقت الاستـرداد هو الوقت الذي يكسب فيه صاحب الأرض ملكية المنشـات بالالتصـاق ٠
ويترتب علي ذلك انه إذا هلكت المنشـات لسبب لا يد لصاحب الأرض فيه في الفترة ما بين إقامتها واستـرداد العقار فانه لا يلتزم نحو من أقامها بشـى ٠(١)

١- د ٠ عبد المنعم فرج الصده صـ ٥٣

استثناءان من القواعد المتعلقة بحسن نية من أقام المنشآت في ارض مملوكة لغيره

لقد نص المشرع علي استثنائين من القـواعـد المتعلقة بتملك صاحب الأرض للمنشآت التي يقيمها الغير بحسـن نيـة وقـد روعي في الأول مصلحة مالك الأرض وفي الثاني مصلحة مـن أقـام البنـاء أو الغـراس أو المنشـآت ٠

الاستثناء الأول : التعـويـض المرهق لصاحب الأرض :

نصت المادة ٢/٩٢٥ مدني علي هذا الاستثناء بقولها {{ إلا انه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسـامة يرهق صاحب الأرض ان يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له ان يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعـويـض عـادل }} فالمنشآت التي أقامها أحد الأشخاص بمـواد من عنـده علي ارض مملوكة لغيره بحسن نية في هذا الفرض قد بلغت قيمتهـا حدا من الجسامة بحيث يكون من شأن التعويض المستحـق عنها أن يحمل مالك الأرض بعبء مالي يرهقه في حالـة تملك هـذه المنشـآت بالالتصـاق ٠ (١)

والعبرة في تقدير الإرهاق بالمقـدرة المـالية لصاحب الأرض شخصيا ـ معيار ذاتي ـ وقيمة المنشـآت بالنسبة إلى قيمـة الأرض ومدي المنفعة التي يمكن ان تعود علي المالك من هـذه المنشآت ـ معيار موضوعي ـ

فإذا أصابه الإرهاق فيما لو تملك هذه المنشآت بالالتصاق فعليه ان يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت ، علي ان يدفع هـذا لصاحب الأرض تعويضا عادلا عن الأرض يقدره خبير عنـد الطلب ، وللقاضي ان يجعل أداء هذا التعويض علي أقسـاط دورية بناء علي طلب من أقام هذه المنشآت ، أسوة بما يتبـع في أنواع التعـويض التي تستحـق بسبب الالتصـاق ٠

إذن : تملك صاحب المنشآت للأرض مشروط بتوافر الإرهاق لا بحكـم الالتصـاق ٠

١- د ٠ عبد المنعم فرج الصده ف ٢٦٤

[[فان الالتصاق إنما يكون سببا لتملك صاحب الأرض للمنشات لا لتملك صاحب المنشـــات للأرض ، لان صاحـب المنشات يتملك الأرض ويلتزم بدفع التعويض بحكـم القانون ، بناء علي إرادة منفردة تصدر من صاحب الأرض ، وقد قصر حق تمليك الأرض لصاحب المنشات علي حالة البناء بحسن نية دون حالة البناء بسوء نية ، لانه في الحالة الأخيرة يستطيـع صاحب الأرض ان يتفادي الإرهاق بان يطلب الإزالة ، في حين انه في الحالة الأولى لا يستطيع صاحب الأرض طلب الإزالـة فاعطـي عوضـا عنه حـق تمليك الأرض لصاحب المنشات تفـاديـا للإرهـاق ،]] (١)

الاستثناء الثاني :

التعدي علي جزء يسير من ارض الجار بحسن نية

وقد جاء هذا الاستثناء لمصلحة الباني علي ارض جاره بحسن نية حيث نصت المادة ٩٢٨ مدني علي انه : [[إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد حاز بحسن نية علي جزء مـن الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك ان تجبـر صاحب هذه الأرض علي ان ينزل لجاره عن ملكية الجـزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظيـر تعـويـض عـادل ،]]

وقد اختلف الفقه الوضعي وتردد القضاء في فرنسـا حـول تطبيق قواعد الالتصاق علي هذه الحالة ،
حيث يري البعض تطبيقها بحيث يصبح الجار مالكا لجزء البناء المقام فوق أرضه إذا كان الباني حسن النية ، والبعض يري انه يجوز للجار ان يطلب إزالة هذا البناء الذي أقامه فـوق الجزء الملاصق للباني ، أيا كانت نتيجة إزالته علي سلامـة البناء في مجموعه ، سواء كان الباني سيئ النية يعلم بتجاوزه حدود ملكه أم حسن النية يجهل تجاوزه احتراما لحق الملكية ،

١- د ، السنهوري ف١٠٤ وفي نفس المعني إسماعيل غانم ص٥٩ ، الصده ص٣٨٨

إلا ان القضاء المصري رفض تطبيق أحكام الالتصاق علي هذه المسالة حيث قضي بملكية الباني لقطعة الأرض التي امتد إليها بناؤه إذا كان حسن النية ولديه أسباب معقولة للاعتقاد بان هذا الجـــزء ملكه في مقابل تعـــويض عادل يدفعه لجاره . (١)

ثم جاء المشرع وقنن ما استقر عليه أحكـــام القضاء المصري في المادة السابقة ٩٢٨ مــدنـــي .
حيث يشترط لتطبيق هذا النــص شـرطـــــــان :
(١)- ان يقيم الباني البناء أصلا علي أرضه ولكنه يجاوزها إلى جزء صغير ملاصق من ارض الجار .
(٢) - ان تقع هذه المجاوزة من الباني بحسن نية حيث يعتقـــد ان الجزء المعتدي عليه يدخل في ملكه ، مستنـــدا إلى أسبـــاب معقولة ، فإذا كان سيئ النية فانه يجوز للجار المعتدى عليه ان يطلب الإزالة ، أيا كانت نتيجتها علي سلامة البناء ، أو يتملكـه بأقل القيمتين : قيمته مستحق الإزالة " إنقاص" أو قيمـــة مـــا زاد في ثمن أرضه بسبب هذا البناء .

فإذا تــوافــر هــذان الشـــرطـــان فان المحكمة من حقها ان تقضي بتمليك الجزء المعتدي عليه للباني حسن النية في مقـابل تعويض عادل ، والحكم هنا جوازي للقاضي وخاضع لتقديـــره يقضي به إذا رأي في ظروف الـــدعـــوى ما يبـــرره .(٢)

والتعويض العادل لا يقتصر علي قيمة الجزء المشغـول بالبناء بل علي المحكمة ان تراعي ما أصاب صاحب هذا الجــزء فوق ذلك من ضرر بسبب حرمانه منه .
وفي نطاق سلطاتها الجوازية في هذا الشان لها ان تقدر ما إذا كـان الأولي ان يسري حكم النص [[٩٢٨مدني]] أم تسري أحكـــام الالتصـــــــاق .(٣)

١- د . محمود جمال الدين زكي ف ٢٠٤
٢- د . السنهوري ف١١٧ ، محمود جمال الدين زكي ف٢٠٤
٣- د. عبد المنعم الصده ف ٢٦٥

أشخاص تسري عليهم أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدني

هذان النصان عامان ينطبقان علي كل من يقيم منشـــات علي ارض الغير سواء كان يحوز الأرض حيازة قانونية بنية التملك أو كان مجرد حائز عرضي ٠ ما لم يوجد نص خاص ينظـــــم المسالة علي نحو أخر ٠

واليكم الأشخاص الذين تسري عليهم أحكام الالتصاق وهــم :

١ـ شخص بني علي ارض استنـد في حيـــازتها إلى سبب صحيح يجهل عيوبه معتقدا انه مالك تسري عليه قواعـــد الالتصـــــاق فـــي حالــــة حســـن النيــــــة ٠

٢ـ شخص اشتري أرضا وهو يجهل أنها موقوفة فيبني عليها فانه في هذه الحالة تخضع لاحكام الالتصاق في حالة حسن النيــــــة ٠

٣ـ رجـــــل اغتصب أرضا وبني عليها تســـري عليه قواعد الالتصاق في حالة سوء النية ٠ (١)

٤ـ بناء المنتفع في الأرض محل حق الانتفاع فإذا أقام المنتفع منشات في هذه الأرض بترخيص من مالك الرقبـــــة فـــان أحكام الباني سيئ النية هي التي تســـتري عليـــــــه ٠ لان حق الانتفاع لا يخول للمنتفع سوى استعمال الشـــيء بحالته التي تسلمه بها وفقا للمادة ١/٩٨٨ مدني فلا يجوز له من ثم ان يغير حالة الأرض المنتفع بها بإقامة منشـــات عليها ٠ (٢)

١ـ د ٠ عبد المنعم الصده ف٢٨٦ ص٣٩٦

٢ـ د ٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢٠٧

٥- **شخص رخص له المالك بالبناء علي أرضه ، فلا يجوز لصاحب الأرض بعد ان رخص في إقامة المنشات ان يطلب الإزالة بل تبقي هذه المنشات ملكا له بالالتصاق في مقابل تعويض يدفعه .**

ويعتبر من أقام المنشات حسن النية لوجود الترخيص الذي بموجبه يعلم ان له الحق في إقامتها ، وعلي المالك ان يؤدي له اقل القيمتين : قيمة المواد واجر العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشات .

ويجوز لمن أقام المنشات ان يطلب نزعها من الأرض علي ان يعيد الأرض إلى ما كانت عليه . (١)

٦- **المستأجر الذي يقوم بالبناء أو الغراس في العين المؤجرة يخضع لاحكام خاصة في المادة ٥٩٢ مدني لذلك لا تسري عليه الأحكام العامة وفقا للمادتين ٩٢٤،٩٢٥ مدني .**

الشروط التي يجب توافرها فيمن يخضع الأحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدني حتى تسري أحكام المادتين المتعلقتين بالالتصاق علي من يقيم المنشات علي ارض الغير يجب ان تتوافر فيه الشروط الآتية :

أولا - ان يكون الشخص غير مالك للأرض التي يقيم المنشات عليها فإذا كان مالكا لها فلا تسري عليه أحكام الالتصاق

ثانيا - ان يقيم المنشات لحسابه فإذا أقامها لحساب صاحب الأرض فان أحكام الالتصاق لا تسري عليه كالفضولي الذي يخضع لاحكام الفضالة لانه لا يعمل لحسابه بل لحساب رب العمل فلا يكون لرب العمل ان يطلب الازالة .

ثالثا- الا يكون هناك اتفاق بينه وبين مالك الأرض في شان هذه المنشات، فإذا وجد اتفاق فان أحكامه هي التي تسري

١- د . محمود جمال الدين ف ٢٠٦

الحالة الثالثة : المنشـــات التي يقيمها شخص علي ارض غيره بمواد لغيره

توقع المشرع فرضا نادر الوقوع في الحياة العملية ، وهـــو إقامة شخص منشات بمواد مملـوكة لغيـره فـي ارض ليست مملوكة له ٠ والباني والحالة هذه سيئ النية لحيـازته لمـواد مملوكة لغيره ٠

وعلاقة الباني بصاحب الأرض تخضع لاحكـام الالتصـاق في صورته الثانية ،حيث يختلف الحكـم باختـلاف حسن نيته [أي اعتقاده بان له الحق في إقامة المنشات] أو سوء نيتـه [أي يعلم بالا حق له في إقامتها] أما لو نظرنا إلى عـلاقـة الباني بصاحب المواد فانه يستطيع ان يستردها إذا لم يتملكهـا صاحب الأرض بالالتصاق لان الباني سيئ النية ، فاجبـر علي نزعها من الأرض او كان حسن النية واختار ان ينزعها مـن الأرض ـ والفرض ان هذه المواد لم تصبح ملكا له بالحيـازة ـ علما بان صاحب المواد من حقه ان يرجـع علي من أقـام المنشات بقيمة المـتواد وبالتعـويـض ان كان له وجه ٠(١) كما يجوز له وفقا للقواعد العامة ان يرجع علي صاحب الأرض بطريق الـدعـوى غيـر المباشـرة {م٢٣٥ مدني} ٠ بل نصت المادة ٩٣٠ مدني التي تقول [إذا أقام أجنبي منشات بمواد مملوكة لغيره ، فليس لمالك المواد ان يطلب استردادها ، و إنما يكون له ان يرجع بالتعويض علي هـذا الأجنبي ، كما له ان يرجع علي مالك الأرض بما لا يزيد علي ماهو باقي في ذمته من قيمة تلك المنشات] يخوله دعوي مباشـرة ضد صاحب الأرض حيث يرجع عليه بقدر ما في ذمته لمن أقام المنشات ٠ ((وإذا أزيلت المنشات بناء علي طلب صاحب الأرض في حالة سوء النية او بناء علي طلب من أقامها في حالـة حسن النية ، كان لمالك المـواد ان يستـردهـا بوصفـه مـالكـا لهـا إذ ان الالتصـــاق لن يتحقق في هذه الحالة)) (٢)

---

١ ـ د٠ محمود جمال الدين زكي ص٣٨١ ف٢١٢ ـ د٠ الصده ف٢٧٢
٢ـ د ٠ عبد المنعم الصده ف٢٧٢

المبحث الثالث
الالتصاق بالمنقول

بينت المادة ٩٣١ مدني الأحكام الخاصة بالالتصاق بالمنقول في قولها : [إذا التصق منقولا لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما]

ان التصاق المنقول ليس له أهمية عملية في ظل قاعدة : ((الحيازة في المنقول سند الملكية)) التي تجعل الحائز للمنقول مالكا له دون حاجة إلى التمسك بقواعد الالتصاق ٠ (١)
إلا ان المشرع المصرى قد نظم أحكامه في المادة السابقة حيث يستنبط منها ، شروطه ، وصوره ، والمعايير التي يسترشد بها القاضي للفصل في ملكية المنقول ٠

أولا ــ شروط الالتصاق بالمنقول :

يجب لتحقق التصاق المنقول بالمنقول ما يلي :

١ــ ان يقع الالتصاق بين منقول ومنقول وليس بين منقول وعقار مثل التصاق السمن بالعسل أو بالدقيق أو السكر بالشاي ٠

٢ــ ان يكون المنقولان لمالكين مختلفين ، وإلا تملك المالك الواحد الشيء الجديد الناتج بعد الالتصاق دون صعوبة ٠

٣ــ ان يندمج المنقولان بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف يلحقهما أو يلحق أحدهما ٠

٤ــ ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين فإذا وجد اتفاق في هذا الشان كما لو كان هناك عقد مقاولة غالبا وجب اتباع ما يقضي به الاتفاق ، حيث لا يوجد مجال للعمل بحكم الالتصاق ٠

١ـ د ٠ محمد علي عرفه ـ حق الملكية ـ ٦٥/٢

فإذا لم يوجد اتفاق ، ولم تتوافر شروط قاعدة الحيـــازة في المنقول سند الملكية ، فانه والحالة هذه يسري عليها حكـم الالتصاق ،

وعلي المحكمة ان تقضي في الأمر مسترشدة بعدة أمور نذكرها فيما بعد

ثانيا ـ صور الالتصاق بالمنقول : (١)

يتصور ان يقع الالتصاق بالمنقول في صور ثـــلاث ،

١ـ الأولى يطلق عليها الضم : وهو ان يتحـــد المنقولان ويكون من الممكن تمييز أحدهما عن الأخر ، كوضـــع صورة في إطار ،

٢ـ الثانية يطلق عليها المزج : وهو ان يختلط المنقـــولان بحيث لا يمكن تمييز أحدهما عن الأخر كاختلاط سائلين

٣ـ الثالثة يطلق عليها التحويل : وهو ان يتحـد المنقولان بحيث يتولـــد عنهـما شئ جديـد مغاير لهما كتحويل الخشب إلى أثاث ،

ثالثا ــ المعاييـــر التي يسترشد بها القاضي للفصل في ملكية المنقول : (٢)

في حالة سريان حكم الالتصاق في هذه المسالة يجب علي القاضي ان يسترشد بما ذكره المشرع في المـــادة ٩٣١ مدني من عدة أمور هي :--

١ ــ العدالة : التي تملي بان يصبح الشيء بعد الالتصاق ملكا لصاحبه المنقول الأكبر قيمة ، ويحكـــم عليه بتعويض المالك الأخر طبقا لقواعد الإثراء بـــلا سبب ، وخاصة إذا كان التفاوت بين قيمة المنقـــولين كبيرا ،

١ـ د ، السنهوري ف١٢٥ ، د ، عبد المنعم الصده ف ٢٧٣

٢ـ د ، محمود جمال الدين زكي ف ٢١٣

أو ملكا لصاحب المنقول الأصلي إذا أمكن التمييز في المنقولين بين ما هو اصلي وما هو تابع ٠ (١)

٢ـ الضرر الواقع علي المالكين :

فأي المالكين يصيبه ضرر اكبر بفقد ملكية منقوله هو الذي يستبقي ملكية هذا المنقول ويتملك المنقول الأخر فإذا خلط شخص قمحا مملوكا له بقمح مملوك لشخص أخر فأي المالكين يكون أحوج إلى القمح المخلوط بتملك قمح الشخص الأخر مع دفع تعويض له ٠ (٢)

٣ـ حالة الطرفين من حيث القدرة المالية :

فأي المالكين اقدر علي دفع تعويض للطرف الأخر هو الذي يتملك الشيء بعد التصاق المنقولين علي ان يدفع للطرف الأخر التعويض المستحق له ٠ (٣)

٤ـ حسن نية كل من الطرفين :

فأي منهما كان حسن النية وكان قادرا علي تعويض الطرف الأخر هو الذي يتملك المنقولين بعد التصاقهما، علي ان يدفع للطرف الأخر التعويض المستحق له ٠ وقد يجعل القاضي المنقولين ملكا للمالك سيئ النية الذي تعمد خلط أحدهما بالأخر إذا كان من شان هذا الخلط ان ينقص من قيمتهما ، ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقوله بقيمته كاملة قبل ان تنتقص بالخلط٠ (٤)

وإذا لم يجد القاضي مرجحا لجعل الملكية لاحد المالكين فمن حقه ان يجعل الشيء الناتج من الالتصاق مملوكا علي الشيوع لهما معا ، كل بنسبة قيمة المنقول الذي كان يملكه ، أو يحكم ببيع هذا الشيء وتوزيع ثمنه بينهما ٠ (٥)

١ـ نفس المعني د٠ عبد المنعم البدراوي ف٥٧، د ٠محمد علي عرفه ٦٩/٢
٢ـ د٠ السنهوري ٩/ ١٢٥
٣ـ د٠ السنهوري ف ٢١٣ ، د٠ محمد لبيب شنب موجز الحقوق العينية الأصلية ف ٥٩
٤ـ د ٠ السنهوري صـ ٢١٣
٥ـ د٠ عبد الفتاح عبد الباقي ف ٢٢٨ـ في الاموال٠

الفصـل الثـالـث

الشـفـعـة

١- تعـريفـــها :

الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية [م ٩٣٥ مدني]

ويؤخذ من هذا التعريف ان الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا بل هي رخصة ومصدر من مصـــادر الحقوق العينية وسبب لكسب الملكية والانتفاع والحكر ، ولا تتحقق إلا في العقــــار .

والشفعـــة نظام مصدره الشريعة الإسلامية فهـــي المصدر التاريخي لنصوص الشفعة التي يمكن الرجـــوع في تفسيرها إلى الفقه الإسلامي ، دون التقيد بمذهب معين مـــن مذاهب الفقه الإسلامي مع مراعاة التوفيق بين أحكام هذا الفقه والمبادئ العامة للتشريع المدني .

الشفعة في الفقـه الإســـلامي :

هـــي [تمليك البقعة جبـــرا علي المشتري بما قـــام عليه أوهى حق تملك قهري يثبت للشريك القديم علي الحـــادث فيما ملك بعوض] (١)

١- حاشية رد المختار علي الدر المختار ١٤٢/٥
نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ١٩٢/٥

وقد عرفت المادة ٩٥ من مرشد الحيران [الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا علي المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن] والمؤن هي المصروفات كأتعاب السمسار أو نفقات تحرير البيع أو رسوم التسجيل ٠

وعرفها بعض الفقهاء المعاصرين بأنها [حق تملك العقـــار المبيع من مشتريه بما قام عليه رضي أم آبي] (١)

٢ـ حكمـهـا :

الشفعـــة حق ثابت بالسنة والإجماع ، ولمن يثبت له هذا الحق الخيار في المطالبة به أو تركه ، إلا ان بعض الشـافعيـة يـرون انه ترتب علي تركه معصية، كما لو اشتهـر المشتري بالفسـق والفجـور فانه ينبغي ان تكون المطالبة بـه مستحبا أو واجبا ان تعين طريقا لدفع ما يريده المشتـري مـن الفجـور ٠ (٢)

واستدلوا بحديث جابر بن عبد الله (ض) قال: [قضي رسول الله صلي الله عليه وسلم بالشفعـة في كـل ما لـم يقسم ، فإذا وقـعــت الحـــدود وصــرفت الطــرق فـــلا شفعـة] (٣)

ويقـول الـرســول (ص) [جـار الـدار أحق بالدار] (٤)

وقال ابن المنذر : اجمع أهل العلم علي إثبات الشفعـة للشريك الذي لـم يقاسـم فيـما بيـع من ارض أو دار أو حائط ٠ (٥)

١ـ أحكام المعاملات الشرعية الشيخ علي الخفيف ص١٠٩ ، وبحث الشفعة مجلة القانون والاقتصاد ص٤٤٥ وما بعدها ٠
٢ـ الزيلعي ٥/ ٢٣٩ ، ونهاية المحتاج ٥/ ١٩٢-١٩٣ ، المغني لابن قدامه ٥/ ٤٥٩ ـ الموسوعة الفقهية لدولة الكويت جـ ٢٦ مصطلح شفعة
٣ـأخرجه البخاري ٤٣٦/٤ ٤ـ أخرجه الترمذي ٦٤١/٣
٥ـ مغني المحتاج ٢/ ٢٩٦ ، المغني ٥/ ٤٦٠

٣ـ حكمتـــــها :

و حكمة مشروعية الشفعة : دفع الضرر عن الشفيع لاتصال ملكه بالعقار المبيع اتصـــال شـــركة أو اتصال جوار ٠

ويقول ابن عابدين : دفع الضرر الذي يحتمل وقوعه ، بين الشركاء أو الجيران نتيجة إعلاء الجوار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار ، وإثارة الغبار و إيقاف الدواب والصغـار ٠ (١)

ويقول ابن القيم [لما كانت الشركة منشا الضرر في الغــــالـب وكان الخلطاء كثيرا ما يبغي بعضهـم علي بعـض شــــرع الله سبحانه وتعالي رفـــع هـــذا الضـــرر بأحـــد طـريقيـــن :
(١) ـ بالقسمة تـارة وانفــراد كـل مــن الشريكين بنصيبه ٠
(٢) ـ وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحـد الشريكين بالجملة إذا لم يكن علي الأخر ضرر في ذلك ٠

فـإذا أراد بيـع نصيبـه واخذ عوضه كان شريكه أحق به مـــن الأجنبي وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهـما كـــان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ويزول عنه ضـــرر الشركة ولا يتضرر البائع لانه يصل إلى حقه من الثمن وكـــان هذا من اعظم العدل واحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطــر ومصالح العباد ٠] (٢)

ويبين الفقه المعاصر جانبا من الحكمة حيـــث يـقـــــول : [فقد يكون ذلك الشخص ـ المشتـري ـ غليـظ الطبـــع رديء الخلق سئ المعاشرة بين الأثرة ، لا يـرعـي لشريكه أو لجاره حرمة ، ولا يعرف له حقا ، ولا يلحظ له وجـود ا ، يـؤلمـــه بأفعاله ونظراته ويسوؤه بأقواله وصياحه ، وفـي البعـــد عنـــه رحمة وفي الخلاص من شروره نعمة] (٣)

١- ابن عابدين ١٤٢/٥ ٢- أعلام الموقعين ٢٤٧/٢
٣- الشيخ علي الخفيف - المرجع السابق صـ ٤٩٩

فضلا عن ذلك فان الشفعة لها فوائدها الاقتصادية في الغالب [فثبوتها في حالة بيع الانتفاع أو الرقبة أو الحكر يؤدي إلى ضم ما تفرق في حق الملكية ، فتجتمع للمالك سلطاته على الشيء ، وثبوتها في حالة بيع الشريك حصته لاجنبي يؤدي إلى إنهاء الشيوع .] (١)

٤ـ التكييف الشرعي والقانوني للشفعة :

اختلف الفقه الوضعي في تكييف الشفعة . حيث يرى البعض بأنها حق عيني إذا تخول للشفيع حقا مباشرا على الشيء محل الشفعة ـ المشفوع به ـ وهذا يسري بالنسبة للكافة .

ويرى البعض بأنها حق شخصي يمنح لاعتبارات شخصية أي تتعلق بشخص الشفيع وظروفه الخاصة به .

ويرى فريق أخر بان الشفعة حق ذو طبيعة مزدوجة أي مختلطة حيث يرد علي عقار فيكون حقا عينيا ، وفضلا عن ذلك فانه قد تقرر لاعتبارات شخصية فيكون حقا شخصيا أي حقا لصيقا بشخص الشفيع . (٢)

والذي نراه بان الشفعة رخصة وليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا ، فهي واقعة مادية تعتبر سببا لكسب الملكية أشبه بالميراث أو الالتصاق أو الحيازة كما هو مقرر في الفقه الإسلامي .

١- د . عبد المنعم الصده صـ ٤٠٨ ف ٢٧٤

٢- انظر عرض هذه الآراء د . محمد كامل مرسي في الحقوق العينية الأصلية ٣/١٥٧ -- د . محمد علي عرفه ٢/٢١٤ د . محمود جمال الدين زكي ف ٢١٨ ـ د . السنهوري ٩/١٦٢

وإذا قلنا بان الشفعة تؤدي إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبرا عـن المشتري فإنها تعتبر قيدا علي حرية التصرف حيث تثبت في الفقـه الإسـلامـي علي خلاف الأصل والقياس دفعا لضرر متوقـع للشفيـع بسبـب اتصـال ملكـه بالعقـار المبيع ٠ فالشفعة قيد خطير علي حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات العقارية ٠

ولـذلـك لا نقـول بشفعة الجوار إلا في حالة واحدة ، وهي ان يكون للجار حق ارتفـاق علي عقار جاره ، أو يكون علي عقار الجار حق ارتفاق لجـاره ٠ (١)

٥ ـ أركـان الشفـعـة :

أركـان الشفعـة فـي الفقـه الإسـلامـي هـي :

١-الشفيع : وهـو الأخـذ للشـيء محـل الشفعـة ٠

٢-المأخوذ منه: وهو المشتري الذي يكون العقار في حيازته

٣- المشفوع فيه: وهو العقار المأخوذ أي محل الشفعة ٠(٢)

ويري الفقه الوضعي : ان الشفعة تفترض ان هناك شفيعا وهو الـذي يـأخـذ بالشفعـة ٠

ومشفوعا منه: وهـو المشتـري الـذي يحـل محـل الشفيـع

وبائعا لهذا المشتري : وهـو الـذي حل الشفيع بازائه مشتريا محل المشتـري الأصلـي

وعقارا مشفوعا به : وهو العقار المملوك للشفيع وقـد شفع به

وعقارا مشفوعا فيه : وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلـي وشفـع الشفيـع فيه ٠ (٣)

١- د ٠ محمود جمال الدين ف ٢١٩ ، د ٠ عبد المنعم الصده ف٣٧٤

٢- شرح الكنز للزيلعي ٢٤١/٥

٣- د ٠ السنهوري ١٦٢/٩ ، د ٠ جمال الدين زكي ف ٢١٨

٦ ـ أسبـــاب الشـفـعـــة :

بينت المـــادة ٩٣٦ مـــدنـــي الشفعـــاء وهـــم :

(١) ـ مالك الــرقبة في حالة بيع حق الانتفاع كله أو بعضه ،

(٢) - الشـريك في الشيوع في حالة بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي ،

(٣) - صاحـب حـق الانتفاع في حالة بيع كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها ،

(٤) - مالك الــرقبــة فــي الحـكـر فـي حالة بيـع حـق الحكر ، للمستحكر في حالة بيع الرقبة .

(٥) - الجـــار المـــــالك .

ونبين هؤلاء الشفعاء وفقا لهذا الترتيب مع بيان حكم تزاحم الشفعاء في حالة تعددهم ،

المطلب الأول
مالك الرقبة في حالة بيع حق الانتفاع

<u>حكم الشفعة في حق الانتفاع :</u>

تنص المادة ٩٣٦ /١ مدني علي انه[يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه]

ويفهم من هذا النص انه لو كان العقار محملا بحق انتفاع وباع المنتفع حقه كله أو بعضه لرجل أخر غير مالك الرقبة ، فان لمالك الرقبة الحق في اخذ المبيع بالشفعة ، حتى تكون ملكيته للشيء ملكية تامة ٠

والشفعة في هذه الحالة لا تكون سببا لكسب الملكية ، بل تكون سببا لكسب حق الانتفاع ٠

وفي حالة تعدد مالكي الرقبة كان من حقهم مجتمعين الأخذ بالشفعة كل منهم علي قدر نصيبه ، فإذا طلب أحد منهم فلا يجوز له ان يشفع في المبيع إلا بقدر نصيبه في الرقبة ٠

بشرط ان تكون الصفقة قابلة للتجزئة في ضوء الغرض المقصود منها ٠ فان كانت لا تقبل التجزئة فلا يجوز له الأخذ بالشفعة ٠

وحينئذ يكون له إجبار الشفيع علي اخذ حق الانتفاع كله أو ان يتركه كله منعا لتفريق الصفقة ٠

وتسرى هذه الأحكام علي حق الاستعمال وحق السكني فيثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة في الحالات التي يجوز فيها بيعها ٠ (١)

١ـ د ٠ السنهورى ٩/ ١٨٠ ، د٠ محمود جمال الدين ف ٢٣٤
د ٠عبد المنعم الصده ف ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ـ
د ٠ محمد علي عرفه ف ٢٢٦

المطلب الثاني
الشريك في الشيوع

يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي ٠ [٢/٩٣٦ مدني]

ويفهم من هذا النص انه يلزم لتطبيقه ثلاثة أمور :
الأمر الأول : وجود عقار شائع وقت البيع فلا تقوم الشفعة لاحد المتقاسمين ، إذا باع أحد الشركاء نصيب المفرز من العقار الذي كان شائعا قبل القسمة ولا للشريك الذي اشتري حصة شائعة ولم يسجل عقد شرائه قبل البيع٠ (١)
الأمر الثاني : بيع أحد الشركاء حصته الشائعة ، لان بيع جزء مفرز لا يكون نافذا في مواجهة باقي الشركاء ولا يكون المشتري لهذا الجزء مالكا مع الشركاء بموجب هذا البيع أي لا يعتبر شريكا في العقار الشائع ، بل يكون جار ملاصقا إذا ما اقر الشركاء هذا البيع ويطلب الشفعة بصفته جارا لا بصفته شريكا ٠
الأمر الثالث: بيع الحصة الشائعة لاجنبي ٠
فإذا باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله ، لما جاز لشريك مشتاع ثالث اخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة ٠ لان بيع الحصة الشائعة التي يراد أخذها بالشفعة ، يجب ان يكون صادرا من أجنبي لا إلى شريك مشتاع ٠ (٢)

[والعقار الشائع الذي يجوز الأخذ بالشفعة إذا بيعت حصة شائعة فيه ، يكون في العادة عقارا مملوكا ملكية تامة علي الشيوع لاكثر من شخص ، ولكنه قد يقتصر علي ملكية الرقبة لعقار أو حق انتفاع علي عقار ، فإذا كانت الرقبة أو الانتفاع

١- د ٠ محمود جمال الدين ف ٢٣٥
٢- د ٠ السنهوري ف ١٨١

لاكثر من شخص علي الشيوع بينهم ، إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في الرقبة لاجنبي قام الحق في الشفعة لشركائه فيها أو باع أحد الشركاء حصته الشائعة في حق الانتفاع ، قام الحق في الشفعة لشركائه فيه ٠] (١)

ويري بعض رجال القانون ان المقصود بالشريك في المادة ٩٣٦ /ب هو : الشريك في الملك لا الشريك في الانتفاع الذي لا يكون له الحق في الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، لجمع ما تفرق من حق الملكية ، أما إذا بيعت حصة شائعة في حق الانتفاع فليس لشريك أخر فيه ان يأخذها بالشفعة ٠ (٢)

المطلب الثالث
صاحب حق الانتفاع

تنص المادة ٩٣٦ / جـ مدني علي ان [لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها] حق الشفعة حيث تثبت له صفة الشفيع في المرتبة الثالثة بعد مالك الرقبة و الشريك في حصة شائعة ٠

ويفهم من هذا النص ان صاحب حق الانتفاع في هذه الحالة يشفع في الرقبة ((في المرتبة الثالثة)) بخلاف ما لو كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فانه يشفع فيها كشريك في الشيوع ومن هنا يأتي في المرتبة الثانية كسائر الشركاء في الشيوع ٠

والغرض الذي يعنينا هنا هو وجود عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص أخر ،فاصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط ٠

١- د٠ محمود جمال الدين صـ ٢٣٥ - د٠ عبد المنعم الصده ف ٢٧٩ -
د ٠ السنهوري ٩/١٨١ - د ٠ محمد علي عرفه٢/٢٣٦ -
د ٠عبد الفتاح عبد الباقي ف ٢٥
٢- د ٠محمد كامل مرسي الحقوق العينية الأصلية ٣/٢١٤ -
د٠ عبد المنعم البدراوي ف ٩٠- الحقوق العينية الأصلية

ولو فرضنا بان مالك الرقبة قد تصرف فيها بالبيع ، فان صاحب حق الانتفاع يكون له حق الشفعة في الرقبة المبيعة لجمع ما تفرق من حق الملكية ٠

حيث يصبح مالكا للعقار ملكية تامة وهذا هو الهدف الذي من اجله نص عليه المشرع وجعل لصاحب حق الانتفاع الشفعة في الرقبة ٠(١)

المطلب الرابع
شفعة مالك الرقبة في الحكر و المستحكر في الرقبة

وفقا للمادة ٩٣٦ / د فانه يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الحكر ، ويثبت الحق للمستحكر إذا بيعت الرقبة ، والدافع إلى ذلك هو جمع عناصر الملكية المتفرقة في يد أحدهما (مالك الرقبة ـ المستحكر) وإنهاء الحكر الذي لم يعد مرغوبا فيه لحمله الثقيل علي العقار ٠

إلا ان حق الحكر لم يعد جائزا ترتيبه إلا علي الأراضي الموقوفة وقفا خيريا ابتداء من نفاذ القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ٠

بل من حق وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف إنهاء الاحكار المترتبة علي الأوقاف الخيرية ٠ فإذا بيعت الرقبة الموقوفة بطريق الاستبدال ، كان من حق المستحكر ان يأخذها بالشفعة ليصبح المالك لها ملكية تامة ٠ ولا يجوز للوقف ـ أي وزارة الأوقاف ـ الذي له الرقبة ان يأخذ بالشفعة فيما لو باع المستحكر حقه في الحكر ، إذا لا شفعة للوقف وفقا للمادة ٢/٩٣٩ مدني التي تنص علي انه [لا يجوز للوقف ان يأخذ بالشفعة] ٠

إلا ان الشفعة لا زالت جائزة فيما بقي من احكار قديمة علي الأعيان غير الموقوفة التي تقرر عليها احكار قبل العمل بالقانون المدني الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ٠

١ـ د ٠ السنهوري ١٨٢/٩ ـ وانظر بقية الفروض الذي عرضها في مؤلفه ص٥٥٦ـ ٥٥٨ ٠

المطلب الخامس
شفعة الجار المالك

وفقا للمادة [٩٣٦ /هـ مدني] يثبت الحق في الشفعة للجار المالك في الأحوال الآتية :

أولا ـ إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القري ،

ثانيا ـ إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق علي ارض الجار أو كان حق الارتفاق لارض الجار علي الأرض المبيعة ،

ثالثا ـ إذا كانت ارض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة علي الأقل

ومن هذا النص نستنبط الشروط العامة التي يجب توافرها لثبوت حق الشفعة للجار المالك للعقار أيا كان نوعه: وهذه الشروط هي :ــ

١- ان يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متلاصقان ، فالشفعة تقوم أساسا علي التلاصق في الجوار ، بحيث يكون العقار المشفوع به (المملوك للشفيع) ملاصقا للعقار المشفوع فيه (العقار المبيع) وقد ذهب بعض رجال القانون ويؤيدهم جانب من القضاء إلى ان المراد بالتلاصق بين العقارين هو الامتداد بقدر كاف لتبرير الشفعة كنصف الحد أو ثلثه ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية ،(١)

١- د ، محمد كامل مرسي ف ٢٢٢ و ما أشار إليه من أحكام ص٢٤٢
د ، محمود جمال الدين زكي ف ٢٣٨

إلا ان المشرع لم يطلب سوي التلاصق في الجوار ايا كان قدر امتداده حتى ولو كان شبرا واحدا كما ذهبت محكمة النقض في كثير من أحكامها ٠ (١)

ولا يتحقق التلاصق في الجوار إذا فصل بين العقارين طريق عام أو ترعة عامة أو ارض مملوكة للغير ، بخلاف ما لو كان الفاصل طريق خاص مشترك بينهما أو مصرف مشترك ملك الجارين أو للشفيع ولو كان لغيرهما حق ارتفاق عليه ، فان التلاصق يكون متحققا ويثبت الحق في الشفعة ٠ (٢)

٢- ان يكون الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ٠ سواء كانت ملكيته للعقار ملكية تامة أم ملكية رقبة فقط أو ملكية بناء دون الأرض ، وسواء كانت ملكيته مفرزة أو شائعة فللمالك حق المطالبة بالشفعة علي أساس الجوار ولو لم يشترك معه الآخرون ، لان الحصة الشائعة عقار يجيز لمالكه ان يأخذ بالشفعة ٠

٣- ان يرد البيع علي الملكية :

يشترط لثبوت الشفعة ان يكون البيع واردا علي الملكية سواء كانت الملكية تامة أو ملكية رقبة فقط مفرزة أو شائعة أو علي البناء دون الأرض ٠

أما إذا كان المبيع حق انتفاع علي العقار المجاور فلا يجوز للجار أخذه بالشفعة وهذا هو الغالب في الفقه الوضعي (٣) خلافا للبعض حيث يرى جواز الشفعة للجار الملاصق إذا ورد البيع علي حق الانتفاع لان رأي الأغلبية لا يستند في نظر البعض إلى أساس قانوني ٠ (٤)

١- نقض أول إبريل ١٩٥٤ اشار إليه د ٠محمود جمال الدين المرجع السابق

٢- د ٠ السنهورى ف ١٨٤

٣- د ٠ محمد كامل مرسي ف٢٢٤، ٢٥٠ - د ٠عبد المنعم البدراوي ف٤٠٠، ٤٠٨ ، ٤٢٤ _ د ٠ عبد المنعم الصده ف٢٩٠ - د ٠محمد علي عرفه ف٢٥٤ _ د ٠عبد الرازق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية ف٣٩ د ٠ مصطفي الجمال / نظام الملكية صـ ٤٢٣

٤- د ٠السنهوري ١٩٥/٩ - د ٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢٣٨

حـــــالات الـجــــــوار :

توجد ثـــلاث حــــــالات تثبت فيها الشفعة علي أساس الجــوار نبينها فيـــما يـلــــــي :

الحالة الأولى للجوار: المباني والأراضـــي المعـــدة للبناء

الحق في الشفعة يثبت للجار المالك في العقارات من المباني أو في الأراضي المعدة للبناء في المـدن أو القـري بشرط التلاصق في الجوار ولو من جهة واحدة ،
فالتلاصق المطلوب بين الأرض المشفوع بـها والمشـفوع فيـها دون الأبنية القائمة علي كل منها. (١)
أما إذا كان الجار يشفع ببناء في بناء مثل مـا لـو كـان الشـفيع مالكا للبناء وحده ، وبيع البناء الذي يجاوره وحده دون الأرض التـي شيد عليـها . فلابـد مـن وجـود التلاصـق بيـن البنــاءين بذاتهما ، بالحائط الفاصل بينـهما او ملاصقـة جدار كـل منـهما للأخر .

لان الشفعة تثبت بالبناء وحده وفـي البنـاء وحـده دون الأرض المقام عليها البناءين حتى ولو كانت الأرض ملاصقة للأخـرى

ويقول أستاذنا الدكتور السنهوري :
{ والمعتاد ان يكون التلاصق أفقيا ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية ، أي يكون إلى جانبه في أية جهة من جهاته . ولكن يجوز مع ذلك ان تكـون الملاصقة راسية ، لا أفقية ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه في أعلاه أو في أسفله ، وهذا يتحقق فـي ملكية الطبقات . ففـي البنـاء ذي الطبقـات المتعددة المملوكـة لملاك مختلفين ، تكون اعلي طبقة ملاصقة للطبقـة التـي تليـها في أعلاها ، وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل في أعلاها كـــذلك(٢)

١- د. عبد المنعم الصده ف ٢٨٤
٢- د . السنهوري ٩/ ف ١٨٥

ويترتب علي ذلك ان الحق في الشفعة ثابت لمالك السفل إذا بيع العلو ، ولمالك العلو إذا بيع السفل .

أما في ملكية الشقق التي تتضمن شيوعا إجباريا للملاك في الأجزاء المشتركة فنرى مع جانب من الفقه الوضعي ثبوت الحق في الشفعة لمالك كل شقة إذا بيعت إحدى الشقق الأخرى ، ولو لم تكن ملاصقة لشقته ، لا علي أساس الجوار بل باعتباره شريكا في الشيوع في الأجزاء المشتركة . (١)

الحالة الثانية للجوار: للأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق لأرض الجار(الأراضي الزراعية)

في هذه الحالة حتى يثبت حق الشفعة بالجوار يشترط فضلا عن التلاصق بين الأراضي غير المبنية أو غير المعدة للبناء ، ان يوجد حق ارتفاق للأراضي المشفوع فيها علي الأرض المشفوع بها أو العكس . حيث يترتب علي الأخذ بالشفعة زوال حق الارتفاق في الفرضين ، وتتخلص مما عليها من حقوق الارتفاق في كلا الفرضين ، وتزول أسباب النزاع التي تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لارض علي أخرى (٢) وحقوق الارتفاق أيا كان مصدرها ـ الاتفاق أو الوصية أو تخصيص المالك الأصلي أو كسب بالتقادم كحق الشرب أو المجري أو المسيل أو المرور فهي تجيز الأخذ بالشفعة ومثل حقوق الارتفاق القيود القانونية التي تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار أخر كالقيود الخاصة بالري من شرب ومجري ومسيل ، ومرور قانوني والمطلات المواجهة أو المنحرفة . فهذه القيود أيا كان تكييفها- قيود قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية ـ فان قيام أي نوع منها يسوغ الأخذ بالشفعة .(٣)

١- د . محمود جمال الدين زكي ف٢٣٩ - ونفس المعنى د .محمد علي عرفه - د .السنهورى المراجع السابقة

٢- د .السنهورى ف١٨٦- د. محمد كامل مرسي٢٣٦/٣

٣- د .السنهورى ف ١٨٦ ـ د . عبد المنعم الصده ف٢٨٣- د .محمود جمال الدين زكي ف ٤٤١

وإذا كان سبب الشفعة في هذه الحالة وجود الارتفاق ، لارض الجار أو عليها ، فان زوال هذا الحق يؤدي ضرورة إلى سقوط الحق في الشفعة ٠ (١)
فإذا تنازل المشتري عن حق الارتفاق الذي للأرض المبيعة علي ارض الجار ، فان هذا الحق يزول ويسقط حيث لا مبرر للشفيع (الجار) في الأخذ بالشفعة ٠

لكن متى يؤدي نزول المشتري عن حق الارتفاق أثره في إسقاط الشفعة ؟؟
هل قبل الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري؟؟
أم قبل رفع الدعوى أم قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة؟؟
اختلف الفقه الوضعي في هذه المسالة :

١- يرى جانب من الفقه ان نزول المشتري عن حقه لا يؤدي إلى المنع من الأخذ بالشفعة إلا إذا صدر قبل الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري ٠ (٢)
حيث يشترط للأخذ بالشفعة ان يظل سببها قائما من وقت صدور البيع إلى ان يحكم بها أو يسلم بها المشتري ٠

٢- ويرى البعض الأخر ان نزوله لا يعتد به بعد رفع دعوى الشفعة التي يستقر بها حق الشفيع في تملك العقار المشفوع فيه جبرا عن المشتري ٠
{ فإذا رفعت هذه الدعوى لم يعد لنزول المشتري عن حق الارتفاق من اثر لانه لا يستطيع بعمله وحده ان يغير من النتائج القانونية التي تترتب علي رفع الدعوى فيحرم الشفيع من حق الشفعة ، وهو حق اقره له القانون وقام هو بالمطالبة به } (٣)

١- د ٠ محمود جمال الدين ف٢٤١- د ٠ الصده ، د ٠ السنهوري- السابقين
٢- د ٠ عبد الفتاح عبد الباقي ف٢٥٦، د ٠ الصده ف٢٨٥ ، د ٠ البدراوي ف٤٠١ ، د ٠ منصور مصطفي منصور حق الملكية ف١٣٣
٣- د ٠ محمد كامل مرسي ٢٣٥/٣- د ٠ محمد علي عرفه ٢٤٣/٢

ولا يتم هذا التنازل إلا إذا كان قد حصل شهره وفقا لقانون الشهر العقاري ، ولا يغني مجرد التقرير به في الدعوى بعد رفعها ٠ (١)

٣- ويـري البعـض وهـو الـراجح في نظرنا :- [ان نزول المشتري عن حق الارتفـاق لا يكون له اثر في إسقاط حق الشفيع إلا إذا صدر قبل إعـلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وليس قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى بالشفعة] (٢)
ويؤيد هذا الرأي ما قـاله أستاذنـا الدكتور السنهوري في قوله: [وعندنا ان حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ تكون عناصر الشفعـة قـد تكاملت ، وبتكاملها يثبت حق الشفيع ويحل محل المشتري فـي البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة .
وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصـدور الحكـم بثبوت الشفعة إلا تقريرا لما تم من اثر قانوني ترتب مباشرة علي إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ٠] (٣)

الحالة الثالثة للجوار : ارض الجـار مـلاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي مـن القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة علي الأقل ٠

يثبت حق الشفعة أيضا للجار المالك - إذا كـانت ارض الجـار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتسـاوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة علي الأقل . ولا زلنا مع الأرض المجاورة غير المعدة للبناء الأرض الزراعية ـ ولـم يتـوافـر فيها حق الارتفاق ..... كما كان في الحالة الثانية ٠

١- نقض مدني ١٩٥٥/١١/١٧ م ـ٦ـ٤ـ٢٠٤صـ١٢٠١
٢- د ٠السنهوري ف١٨٦،
ونفس المعنى د٠ محمود جمال الدين ف١٢٤١ صـ ٢٤٢
٣- د٠ السنهوري صـ ٥٧٤ـ ٥٧٠

إلا ان ثبوت الشفعة في الحالة الثالثة يتطلب شرطان :

١ـ ان تكـون ارض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين من الجهات الأربـع الأصلية ـ البحرية والقبلية والشرقية والغربية ، فلا يكفـي التلاصق من جهة واحدة حتى ولو كان ذلك علي طول الحد بأكمله ، ولا يشتـرط في التلاصق ان يقـع مـن جـهتـين متجاورتين ـ البحرية والشرقية أو الغربية والقبلية ـ بل يجوز وقـوعـه من جهتين متقابلتين الشـرقيـة والغـربـيـة أو القبـليـة والبـحـريـة ، وهذا الشرط يجب توافـره في الأرض المشفـوع بها لا المشفوع فيها بل يجب ان يكون التلاصق من جهتين لعقار واحد يملكه الشفيع لا عقاريين ـ لان الشفعة قيد يرد علي حرية التصرف فيجب عدم التوسع في تفسير أحكامها (١)

٢ـ ان تساوى ارض الجار من القيـمة نصـف ثـمـن الأرض المبيعة علي الأقل منعا لمضاربة صغـار الملاك المجاورين بقطعة ارض صغيرة ومنعا لاستغلال المشتـري للحصـول منه علي مبلغ من المال مقابـل التنـازل عن طلب الشفعة والقيمة الحقيقية لارض الجار تقدر وقت إبـرام البيع حيث يجب تـوافـر شـروط الشفـعـة فـي هـذا الـوقت

أما الأرض المبيعة فالعبرة بثمنها الحقيقي الذي تم به البيع (٢) ويقول أستاذنا الدكتور عبد المنعم الصده

[وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة علي الشيوع لعـدة شركاء وطلبوا جميعا الأخذ بالشفعة ، كانت العبرة بقيمة الأرض كلها ، أما إذا طلب الشفعة أحد هؤلاء الشركاء فحسب فان الذي يعتد به هو قيمة نصيبه في هذه الأرض ، بحيث يجب لجواز الشفعة الا تـقل هـذه القيـمـة وحـدها عن نصف ثمن الأرض] (٣)

١ـ د ، الصده ف ٢٨٦ ـ د ،محمد كامل مرسي ٢٢٩/٣

٢ـ د ، الصده ف٢٨٦ـ د ، محمد كامل مرسي ٢٣٠/٣ـ د ، محمد علي عرفه ٢٤٧/٢ ـ د ، عبد الفتاح عبد الباقي ف٢٥٧ـد منصور مصطفي منصور ف١٣٣

٣ـ د ، الصده ف٢٨٦

المطلب السادس
تزاحم الشفعاء في حالة التعد د

تثار هذه المسالة عند وجود اكثر من شفيع واحد يجوز لهم الأخذ بالشفعة ، وزاحم بعضهم بعضا في طلبها ، ولهذا جاءت المادة ٩٣٧مدني بحالات ثلاث لتزاحم الشفعاء وهي :-

١- تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة ،
٢- تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة ،
٣- تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم ،

ولكن ربما يكون تزاحم المشتري مع شفعاء ادني من طبقته أو من نفس طبقته أو اعلي منها ،

وسنبين بإيجاز هذه الحالات الثلاث فيما يلي :

الحالة الأولى : تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة :

تنص المادة ٩٣٧/ ١ مدني علي انه [إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة علي حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة] ٩٣٦ مدني

ويفهم من نص المادة انه في حالة تزاحم الشفعاء وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها علي بعض ، فان الشفعة تكون لمن أعلاهم دون الأدنى ،

وطبقات الشفعاء مرتبة علي الوجه التالي

(١) الطبقة الأولى : مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع
(٢) الطبقة الثانية : الشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي ،
(٣) الطبقة الثالثة : صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة
(٤) الطبقة الرابعة : مالك الرقبة فالحكر إذا بيع حق الحكر ، والمستحكر إذا بيعت الرقبة

(٥) الطبقة الخامسة: الجار المالك بأحواله الثلاثة السابقة فالأفضلية في الشفعة عند تزاحم الشفعاء لمن كان في الطبقة العليا علي سواه ٠

((فإذا بـاع الشريـك في حـق الانتفاع حصته فيه ، وطالب بالشفعة مالك الرقبة ، وشريكه في حـق الانتفـاع ، كـانت الأفضلية لمالك الرقبة ، واستقل وحده بالأخذ بالشفعة ، لانه في الطبقة الأولى ، حين ان الشـريك في الطبقـة الثـانية ٠
و إذا باع الشريك في الرقبة حصته فيها ، وطالب بالشفعـة شريكه فيها وصاحب حق الانتفاع ، والجار ، كانت الأفضليـة للشريك في الشيوع ، واستقل وحده الأخذ بها لانه في الطبقـة الثانية حين ان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة ، والجـار في الطبقة الخامسة .
و إذا بيعت الرقبة ، وطالـب بالشفعـة صاحب حق الانتفاع والجار كانت الأفضلية لصاحب حق الانتفاع ، لانه في الطبقـة الثالثة ، حين ان الجـار فـي الطبقـة الخـامسة٠)) (١)

{{ و إذا كان هناك عقار رتب عليه صاحبه حق حكر ، ثم بـاع صاحب حق الحكر حقه ، فالشفيعان في هذا الحق هما صاحبـا الرقبة والجار ، ولما كان صاحب الرقبة في الطبقة الرابعـة ويتقدم علي الجار ، فانه هو وحده دون الجار الذي يأخذ حـق الحكر بالشفعة ٠
و لو ان صاحب الرقبة هو الذي باع الرقبة ، فان الشفيعين في هـذه الـرقبـة يكونـان هما صاحب حق الحكـر والجـار ٠ ولما كـان صاحب حـق الحكـر في المرتبة الرابعة ويتقدم هو أيضـا علي الجار ، فانه هو وحده دون الجـار الذي يأخـذ الرقبـة بالشفعة ٠}} (٢)

١- د ٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢٤٨
٢- د ٠ السنهوري ٩/ ١٩٥

الحالة الثانية : تـــزاحـــم الشـفـعـاء من طبقة واحدة

تنص المادة ٩٣٧ / ٢ مدني علي انه [إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحـــدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون علي قدر نصيبه]

ويفهم من هذا النص انه في حالة تعدد الشفعاء من طبقة واحدة من الطبقات الأربعة الأولى ، وطلبوا جميعا أصحـــاب الطبـقـــة الــواحـــدة الأخـذ بالشفعة ، اقتسموا العقار المشفوع فيه كل علي قدر نصيبه في العقار المشفوع به .

أما إذا انفرد أحـــدهم بطلب الشفعة أو بصحة طلبه اخذ العقار المشفوع فيه كله ،حتى لا تتجزأ الصفقـة علي المشتـــري . وفي هذه الحالة يجب علي كل منهم ان يطلب الشفعة في كـــل العقار المشفوع فيه وفقا لقاعدة { عدم قابلية الشفعة للتجزئة} فلا يجوز للشفيع ان يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون بعض ، ولهذا كان من اللازم طلب الشفعة في كل العقار ولو وجد معه شفعاء غيره .
كما لا يجوز للشفيع إذا بيع العقـــار لاكثر من واحد ان يأخـــذ بالشفعة من بعضهم دون بعض ، لما فيه من تفريق للصفقـــة المؤدي للإضــرار بالمشتري أو ببعض من المشتـــريــين . وتعتبر الصفقة واحدة إذا كانت العقارات متلاصقة أو منفصلـة ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيـــث يكون استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما اعـد لـه من الانتفاع ، كأن يكـــون أحـدهمـا مخصصا لاقامة مدرسة والأخر المنفصل عنـها معدا لسـاحـة الـعـاب لطلابـهـا أو تكـــون كلــها مخصصـة لزراعـة الخضـر لشركـــة يقوم إنتاجها علي الحاصلات الزراعية . (١)

١- د . محمود جمال الدين ف ٢٤٩،٢٢١ - د. الصده ف ٢٩٣

وقد أخذ القانون الوضعي في هذه المسألة بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين قالوا بان استحقاق الشركاء يكون علي قدر نصيب كل منهم من العقار المشفوع ٠

خلافا للحنفية الذين قالوا : بأنه إذا تزاحم شفعاء من مرتبة واحدة ، فإن الاستحقاق بالشفعة يكون بينهم علي التساوي أي ان المشفوع يقسم علي عدد الرؤوس لا بنسبة السهام وذلك لانهم متساوون في سبب الاستحقاق وهو الشركة او الخلطة ، ولذ فإنهم يكونون متساوين في الحكم .

وعلي هذا لو كانت الدار شركة بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها ، فباع صاحب النصف نصيبه كان لكل من الشريكين الآخرين نصف الحصة المبيعة ، وإذا كان المشتري أحد الشركاء فله ان يأخذ بالشفعة مع الآخرين ولا يسقط حقه بالشراء ، لان إقدامه عليه يدل علي رغبته فيه ، ولهذا فان الحصة المبيعة تقسم علي الشركاء وهو أحدهم (١)

التزاحم بين الجيران ((الطبقة الخامسة))

لقد استقر الفقه الوضعي علي ان الحكم السابق في المادة ٢/٩٣٧ لا يمكن سريانه في حالة تعدد الجيران وتزاحمهم لأنهم لا يشفعون بعقار واحد حتى يأخذ كل واحد منهم الشفعة بنسبة نصيبه في هذا العقار ، مما أدى إلى وجوب الأخذ بالقاعدة القديمة التي نص عليها قانون الشفعة السابق واحتوي عليها المشروع التمهيدي للمادة ٩٣٧ لاعتبارها عرفا مستقرا جري عليه العمل ، ولم يكن إغفالها إلا لمجرد السهو

١- انظر مجلة الأحكام علي حيدر م ١٠١٢ ، ١٠١٣ -
د ٠ حسون طه حق الملكية - مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٧ ف ٢٠٥

وهـي الحكم العـادل عنـد سكـوت النـص ،فيحكم بالشفعة عند التزاحم بين الجيران ، للجار الذي تعـود علي ملكـه منفعة مـن الشفعة اكثر من غيره من الجيران الآخرين ٠ (١)
وهـذه مسـالة تقـديـرية متروكة لقاضي الموضوع في ضوء ظروف كل حالة علي حدة ٠

علي ان يراعي في التقدير دائما مقـدار المنفعة التي تعود علي العقار المشفوع به ... حيث لا يعتـد بالمنفعة التـي تعـود علي عقار آخر يملكه الشفيع ، ولا بالفائدة التي قد تعود علي الشفيع شخصيا من الاخذ بالشفعة ٠ (٢)
بل يراعي علي كل حال ، في التفضيل بين الجيران موقع عقار كل منهم ، وتخصيصه، وضرورة أو عدم ضـرورة توسيعه (٣)

تطبيـقـات قضـائيـة :

١- إذا تزاحم جاران لارض كل منهما حق ارتفــاق بالـري علي الأرض المشفوع فيها ، ولكـن أحـدهما يجـاور مـن جهة واحدة بينما يجاور الأخر من جهتين فان هذا الأخيـر هــو الذي يفضل ٠

٢- وإذا تزاحم جاران وكان عقـار كـل منـهما مـحملا بحقوق ارتفاق كانت الأفضلية لـمن كـان عقـار ه مـحـمـلا بـحـقـوق ارتفاق أوسع نطاقا واثقل عبنـا مـن تلك الـتي يـتـحمل بـهـا العقار الاخر ٠ (٤)

١- د ٠ السنهورى ١٩٦/٩ ـ د ٠ جمال الدين زكي ف٢٤٩ ـ
د ٠ الصده ف ٢٩٣ ـ د ٠ البدراوى ف ٤٢٥ ـ
د ٠ محمد علي عرفه ٢٥٠/٢ عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي ف ٢٦٣
٢ ـ د ٠ الصده ف ٢٩٣ ـ نقض ٢٣نوفمبر ١٩٥٠ لسنة ٢رقم ١٥ص٧٤ ـ نقض ١٢ديسمبر ١٩٤٦ جـ٥ رقم ١١٩ ص٢٧٢
٣- د ٠ جمال الدين زكي ف ٢٤٩
٤- أشار إليهما د ٠ الصده ص٤٣٧

٣- وإذا تساوت عقارات الجيران المتزاحمين في المنفعة التي تعود عليها من الشفعة ، قسم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء بنسبة ما يملكه كل منهم ٠ لانه في حالة عدم وجود مرجح لجار علي أخر يتعين الرجوع إلى القاعدة الأصلية المنصوص عليها في حالة تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ٠(١)

الحالة الثالثة :التزاحم بين شفعاء يكون المشتري واحداً منهم

تنص المادة ٣/٩٣٧ مدني التي تقول : [فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة فانه يفضل علي الشفعاء الذين هم من طبقته او من طبقة ادني ولكن يتقدمه الذين هم من اعلي]

و يفهم من هذا النص ان المشتري إذا توافرت لديه سبب من أسباب الشفعة وزاحمه شفعاء آخرون فانه يوجد فروضا ثلاثة يمكن ان يتحقق فيها هذا التزاحم ، حيث يختلف الحكم بحسب ما إذا كان المشتري يزاحمه شفعاء أدني طبقة منه او اعلي ، أو في نفس الطبقة ٠

<u>الفرض الأول :</u> إذا زاحم المشتري شفعاء ادني طبقة منه

كما لو باع شريك في حق الانتفاع بالعقار حصته الشائعة لمالك الرقبة وطلب الشريك الأخر الشفعة فيها ٠ فضل المشتري مالك الرقبة أو اشتري أحد الشركاء حصة شائعة

١- د ٠ الصده ف٢٩٣ ص ٤٣٧ ــ محاضرات في القانون المدني ــ أسباب كسب الملكية ف ٢٥٣

لشريك أخر في الشيوع فضل المشتري ولا يستطيع الجـــار ان يأخذها بالشفعة منه لانه في طبقة ادني من المشتري وعلي هذا لم يأت النص بشيء جديد عما هو عليه في المـــــادة ١/٩٣٧

الفرض الثاني : إذا زاحم المشتري شفعاء اعلي طبقة منه

كما لو باع شريك في حق الانتفاع بالعقار حصته الشائعة الي شريك أخر، فانه يجوز لمالك الـرقبــة أخـذها منه بالشفعة إذا طلبها حيث له الأولوية .

وإذا اشتري الجار حصة شائعة في العقار المشفوع فيه ، فانه يجوز للشركاء في الشيوع أخذها منه بالشفعـــة لما لهم من الأفضلية وذلك في حالة طلبها ، ولكـونـهـم مـن طبقة اعلي وفـقـــا للتـرتيب السابـق فـي المادة ١/٩٣٧ مدنـي

الفرض الثالث: إذا زاحـم المشتري شفعاء من ذات طبقته

كما لو اشتري شريك في الشيوع حصة شريك أخر ، فلا يجوز لبقية الشركـاء ان يطـالبـوا فيها بالشفعة لان المشتري ، وهو شفيع في ذات طبقـاتهـم يـفضــل عليهـم .
و إذا باع شريك في الشيوع حصته الشائعة في العقار إلى أحـد الجيران فطلب الشفعة فيها الجيران الآخرون ، كانت الأفضليـة والأولوية للمشتري ، حتى ولو كان بين الجيران الآخريـن من تعود علي ملكه منفعة مـن الشـفعـة أكثـر مـن المشتـــري . لان الجيران جميعا يعتبرون من طبقة واحدة بصرف النظر عن مقدار المنفعة التي تعود علي ملك كل منهم مـــن الشفعة . (١)

١- د . الصده ف٢٩٤ - د . السنهوري ٢٠١/٩
د . البدراوي ف ٤٢٦ ، د . عبد الباقي ف ٢٦٤

إلا ان القضاء قد فضل الجار الذي تعود علي ملكه من الشفعة منفعة اكبر علي الجار الذي اشتري العقار المشفوع فيه حيث يجيز له الأخذ بالشفعة منه :

وأيدت محكمة النقض هذا القضاء و أوجبت [علي محكمة الموضوع ان توازن بين المنفعة التي تعود علي ملك الجار الشفيع وتلك التي تعود علي ملك الجار المشتري وان تفصل في طلب الشفعة وفقا لنتيجة الموازنة ، فتقضي بالشفعة للشفيع متي ثبت ان منفعة ملكه من الشفعة اكبر ، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التي تعود علي ملك المشتري اكبر ، أو إذا تساوت المنفعتان]

ويكون الحكم الذي يغفل هذه الموازنة ويرفض دعوي الشفعة بناء علي المساواة في سببها ، قد خالف القانون .(١)

١- نقض ١٢ ديسمبر ١٩٤٦ جزء ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ أشار إليه د. محمود جمال الدين زكي ف ٢٥٠

٧ـ شـــــروط الشـفـعــــة :

لا تجوز الشفعة إلا إذا توافرت شروط معينة منها ما يتعلق بالشفيع ، ومنهـا مـا يتعلـق بالمشفـوع منـه ، ومنها ما يتعلق بالتصرف الذي يجيز الشفعة ومنها ما يتعلـق بالمال المشفوع فيه
ونبيـن هـذه الشـروط فيما يلـــي :

أولا ـ الشروط الواجب توافرها في الشفيع :

١ـ يجب ان تتوافر في الشفيع أهلية التصـرف ، لان الشـفيـع بإرادته بموجب الشفعة يحل محل المشتري في البيع الـذي أبرمه ، ولان الشـفـعـة بالنسبـة لـه اثـر الـبـيـع ٠ (١) ومن حق الأب ان يأخذ بالشفعة نيابة عن الصغيـر بصفته وليا طبيعيا بقوة القانون ٠ بخلاف الجد او وصي القـاصـر أو القيم علي المحجور عليه او الوكيل عن الغائب فانه لابد من إذن المحكمة حتى يجـوز لـه الأخـذ بالشـفـعـة ٠(٢)

٢ـ ان يكـون الشـفيـع مـالـكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقـت ثبـوت حقـه فـي الشفعـة ومعنى ذلك ان الحق الـذي يستنـد إليـه الشفيـع في طلب الشفعة سواء كان ملكية مفرزة او ملكية شائعـة او ملكيـة رقبة او حق انتفاع او حق حكر ، فـانـه يـجب ان يكون هذا الحق ثابتا له وقت إبرام البيع ((فـملكيـة الشـفيـع للعـقـار المشفوع به يجب ان تكون سابقة علي البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة)) وعلي فرض ان الشفيع قد اكتسب هذا الحـق بالميراث عن والده فانه يجب ان تكون وفاة المورث سابقـة علي البيع ٠

١ـ د ٠ محمود جمال الدين فـ٢٤٣ ، د ٠عبد الرازق السنهورى ف٠١٩٩
٢ـ انظر القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ المواد ٤،١٥، ٣٩، ٧٨

او اكتسبه بالتقادم فانه يجب ان تكون مدة التقادم قد اكتملت قبل البيع ، او اكتسبه بموجب تصرف قانوني فانه يلزم ان يكون هذا التصرف مسجلا قبل البيع حتى تنتقل إلى الشفيع بالتسجيل ملكية العقار المشفوع به ، حيث اجمع الفقه والقضاء علي ان الشفيع لا يجوز له الأخذ بالشفعة إذا لم يكن عقده مسجلا .(١)

فإذا كان العقد الذي تلقي به الشفيع هذا الحق غير مسجل قبل البيع فلا يجوز للشفيع ان يطلب الشفعة ، حتى ولو قام بتسجيل عقده بعد ذلك ، إذ ليس للتسجيل اثر رجعي فيما بين المتعاقدين وبهذا استقر القضاء وقال به جمهور الفقه الوضعي (٢) خلافا للبعض الذي يري بان التسجيل له اثر رجعي (من وقت إبرام العقد) حيث يجوز للشفيع الذي لم يسجل عقده ان يطلب الشفعة ، لانه إذا سجل عقده بعد ذلك اعتبر مالكا من وقت إبرام هذا العقد فمن حق الشفيع ـ بناء علي هذا الرأي ـ الآخذ بالشفعة متي سبق عقد شرائه للعقار المشفوع به البيع المشفوع فيه ولكن بشرط ان يسجل عقد شرائه أما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة .(٣)

ولا يكفي ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ، بل يلزم ان يظل سبب الشفعة قائما ـ ملكية العقار للشفيع ـ الي ان يتم الأخذ بالشفعة بموجب حكم يصدر لمصلحة الشفيع ، او من وقت التراضي علي الأخذ بالشفعة أي من وقت تسليم المشفوع ضده (المشتري) للشفيع بالشفعة ، فإذا زال سبب الشفعة بعد ذلك فلا اثر ، لان الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بصفة نهائية بعد الحكم بها او التراضي عليها .

١-انظر الأحكام التي أشار إليها السنهورى جـ٩ ص٥٨١
وانظر قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقانون الشهر العقاري وقانون السجل العيني

٢- انظر محاضرات في القانون المدني د . الصده جـ٣ ف ٢٥٧ والاحكام المشار إليها

٣- د . عبد السلام ذهني الأموال ف٤٦٣ ،د . السنهوري ف١٨٩ ص٥٨٣

٣- يلزم الا يكـــون الشفيع ممنـــوعا مـــن شراء العقـــار المشفـــوع فيــــه ٠

وفــقـــا للـمادة ٩٤٥ مدني فإنه يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فــي جميـــع حقــوقــه والتــزامــاتـــــه ٠
ومعني ذلك ان الشفيع يصير هو المشتري للعقار المشفوع فيه ويترتب علي ذلك انه لا تجوز الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعا بحكم القانون من شراء هذا العقار ٠
ذلك فلا تجــوز الشــفــعــة فـــي الحـــالات التـــاليـــة :-
أ- لا يجوز لمن ينوب عن غيره بموجب اتفاق او نص او مـــن امر من السلطة المختصة ان يشفع في العقار الذي نيـــط به بيعه بموجب هذه النيابة ، لانه يمتنع عليه بموجب المـــادة ٤٧٩ مدني ان يشتري هذا العقار ٠

ب - لا يجوز للقضاه ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين ان يشفعوا في الحق المتنـــازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمـــة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، لانه يمتنع عليهم بـمـوجب المادة ٤٧١ مدني ان يشتروا هذا الحق ٠خوفا من المحاباة او إثارة الشبهات حولها والاستفادة منها ٠

جـ لا يـجــوز للسماســرة ولا للخبـراء ان يشفعوا في العقارات المعهود إليهم في بيعها او في تقـديـــر قيمتها ، لانه يمتنع عليهم بموجب نص المادة ٤٨٠ مــدنـــي ان يشتـــروا هـــذه العقارات
{ والـحـكـمـــة فـــي هـــذا وذاك ان هــؤلاء قد يتساهلون مع المشتري في شروط البيع ، كي يفيدوا من ذلك ، او يترتب علي الأخذ بالشفعة ان يحل الشفيع محل المشتـــري في جميع حقوقه والتزاماته } (١)

١- انظر هذه الحالات د ٠الصده في المحاضرات ف ٢٥٩، د ٠ السنهوري ف١٩١

٤- يلــــزم ألا يكــون الشفــيــع وقــفـــا :

تنص المادة ٢/٩٣٩ علي انه [لا يجوز للوقف ان يأخذ بالشفعة]

ويفهم من هذا النص انه لو بيع عقار مجاور للعقار الموقوف فلا يجــوز للــوقف ان يأخــذ العقار المبيع بالشفعة علي أساس الجوار ٠ و إذا كان العقـــار الشائــع بعضه ملك وبعضه وقف ، وبيع الملك ، فلا يجوز للوقف ان يشفــع فـي الملك المبيع علي أساس كونه شريكا في الشيوع ٠

وهذا بخلاف ما لو كان الوقف هو المشتــري فان الشفعة تجوز في العقار المشتري ، وأيضا لو بيع العقار المــوقوف في حالة الاستبدال فان الشفعة تجوز فيه ٠

أما إذا تم الاستبدال من طريق إبدال عقار أخر بعــقـــار مـوقوف فان الشفعة لا تجوز في أي من العقارين لان الاستبدال هنـــا يعد مقايضة والشفعة لا تثبت فيها ٠(١)

والحكمة من المنع هنا بان الشفعة لن تكون إلا من ناظر الوقف او من الموقوف عليه وكلاهما ليس مالكا للعقار الموقوف حتى يجوز له الشفعة ، ولو اجزنا الأخذ بالشفعة هنا لاصبح العقـــار المشفوع فيه وقفا دون صدور حجة بوقفه ٠

ثانيا- الشروط الواجب توافرها في المشفوع منه (المشتري)

اشترط المشرع شرطين في المشفوع منه [المشتري] حتى يجــوز الأخـــذ بالشفـعـــة :

الشرط الأول : يجــب ألا يكــون المشتري من الأقارب الذين لا تجوز الشفعة ضدهم

تنص المادة ٩٣٩ /١ مدني علي انه [لا يجوز الأخذ

١- محاضرات في القانون المدني د ٠ الصده جـ٣ ف ٢٦ حق الملكية ف٣٠٠

بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع او بين الزوجين او بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة او بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية]

ومن هذا النص يتضح لنا بان الشفعة لا تجوز في حالة ما لو كان المشتري من الأقارب في الدرجات التالية :

أ- البيع بين الأصول والفروع :

مثل ما لو باع الوالد لولده أو الجد لحفيده أو العكس ، فالشفعة لا تجوز في هذا البيع أيا كانت درجة القرابة بين البائع والمشتري

ب - البيع بين الزوجين :

فلو قام بيع بين الرجل وزوجته في حالة قيام الزوجية ، فان الشفعة لا تجوز أيضا في هذا البيع بخلاف البيع السابق أو اللاحق علي قيام الزوجية فان الشفعة في هذه الحالة جائزة .

جـ - البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة :

وهم غير الأصول والفروع أي قرابة الحواشي فالبيع الذي يصدر للأخ أو الأخت فهو بيع بين أقارب الدرجة الثانية والبيع الذي يصدر لابن الأخ اولابن الأخت او للعم او العمة واو للخال أو للخالة فهو بيع بين أقارب في الدرجة الثالثة والبيع الذي يصدر لابن العم او لابن العمة او لابن الخال او لابن الخالة فيعتبر بيعا بين أقارب في الدرجة الرابعة ، فإذا زادت درجة القرابة عن الدرجة الرابعة فانه يجوز الأخذ بالشفعة .(١)

الشرط الثاني : يلزم ألا تتوافر في المشتري الشروط التي تجعله شفيعا من طبقة اعلي من طبقة طالب الشفعة أو من طبقته .

فإذا توافر الشرطان في المشفوع منه (المشتري) فانه لا يجوز الأخذ بالشفعة لانه يفضل علي الشفعاء المزاحمين له وفقا للمادة ٩٣٧/ ٣ مدني

١- د . الصده محاضرات في القانون المدني جـ ٣ ص١٢٨ ف٢٦٢

التصرف الذى يجيز الشفعة [نطاق الأخذ بالشفعة]

ان التصرف الـذي يجيـز الشفـعة له شروط يلزم تحققها لجواز الأخذ بها وهـــــي :

(١) - ان يكون التصرف بيعا صحيحا :
ومعنـي ذلك ان المشفوع منه قد حصل علي العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع ، ويفهـم هذا من نص المادة ٩٣٥ مدني حيث يجب ان يكون المشتري قد حصل علي العقار في مقابل ثمن نقدي .
وتحـديـد طبيعة التصــرف أمــر لـــه أهمية لمعـرفة ما إذا كان التصرف بيعا فتجوز الشفعة فيه ام لا .
وهــذه سلطـة تقـديـرية لمحكمة الموضوع حيث يقوم القاضي بتكييف العقد وفقا لقصد المتعاقـدين دون النـظــر إلى الوصف الذي يطلقانه علي العقد .
ويترتب علي ذلك انه لا تجوز الشفعة في المقايضة او الـوفـاء بمقابل او في عقد الشركة - كما لو قدم الشـريـك حصته فـــي الشركة عقارا فان الشفعة لا تجوز في هذا العقار - او في عقد القسمة لانه من التصرفات المقررة او الكاشفة التي تكشف عن حق ثابت للمتقاسم منذ بدء الشيوع ولا تجوز الشفعة أيضا فــي عقد الصلح حتى ولو تم ببدل نقدي ، لانه لا يعتبر ثمنا بل يعتبر مقابلا للنزول عن الادعاء ولان الصلح من التصرفات الكاشفــة للحق كالقسمة . ولا تجوز في الاسترداد ن او في عـقـد الهبة حتـى ولـو كـانت بعوض نقـدي [م٤٨٦/٢مـدنـــي] إلا إذا كان العوض كبيرا يتساوي او يتقـارب مـع قيـمة العقار فان العقد يعد بيعا تجوز الشفعة فيه . وهــذه مسالـة تـخضـع لتقدير القاضي في كل حالة علي حدة
وأيضا لا تجوز الشفعة في حالة كسب ملـكيـة العقار بالوصية او بالميراث او بالتقادم .(١)

---

١ - د. الصده المرجع السابق ف٢٦٥-د. محمود جمال الدين زكي ف٢٢٦ - د السنهوري جـ ٩ ف١٧- د. البدراوي ف٤٣٠

(٢) - يلـزم ان يكون البيـع قـائـما وقـت طـلـب الشفعة وحقيقيا لا صوريا ٠

فالبيع الصادر إلى المشفوع منه لابد ان يكون قائما وقت طلب الشفعة حتى يجوز الأخذ بها ٠ أما مجرد المفاوضات التي تمهد لإبرام العقد فإنها لا تكفي لطلب الشفعة ولابد ان يكون التصرف حقيقيا لا صوريا صحيحا لا باطلا فإذا كان البيع قابلا للإبطـال فان الشفعة تجوز فيه لانه يقع صحيحا ومنتجا لأثـاره إلـى ان يحكم بإبطاله فإذا ابطل العقد قبل الحكم سقط حق الشفيـع فـي الأخذ بالشفعة ، وإذا ابطل العقد بعد الحكم بالشفعة زال حـق الشفيع علي العقار المبيع أما البيع الباطل بطلانا مطلقا فـلا يجوز الشفعة فيه لانه لا ينتج الآثار المقصودة منـه حـيـث لا وجود له قانونا وأيضا إذا تم فسخ البيع قبل طلب الشفعة فـلا مجال لهذا الطلب حيث يترتب علي الفسخ زوال العقـد بأثـر رجـعـي ٠ (١)

[وعلي الشفيـع طبقا للمبادئ العامة ان يثبت البيع وقيامه بعد ان توافرت فيه شـروط الشفعـة وظـل قـائما إلى حين طلبها ويكون له هذا الإثبات بجميع طرقه لانه لم يكـون طـرفا فيـه فيعتبر بالنسبة له واقعة مادية ويجوز للشفيع بجميـع طـرق الإثبات ان يقيم الدليل علي صورية العقد وانه في حقيقته بيـع قصد بإعطائه تكييفا أخر يعطل حقه في الأخذ بالشفعـة ٠] (٢)

(٣) - هـل يلـزم ان يكـون العقار المشفوع فيه مسجلا او ثابت التاريخ ؟؟؟

لقد استقر القضاء والفقه علي جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل وذلك للأسباب التالية :

١- د ٠ عبد المنعم الصده المرجع السابق ف ٢٦٨
٢- د ٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢٢٦ صـ ٤١٥

أ- لان نقل الملكية والتسجيل ليس ركنا من أركان البيع وانما هما اثر من أثاره ، ولـذا لا يجوز جعل التسجيل للبيع المشفوع فيه شرطا لاستعمال حق الشفعة ٠

ب _ العقد الابتدائي عقد بيع غير مسجل ورغم ذلك فان الشفعة جائزة فيه وهذا يدل علي القول بجواز الشفعة في البيع غير المسجل ٠

جـ _ إذا كان التسجيل لا يشترط في البيع للأخذ بالشفعة فان ثبوت تاريخ البيع أيضا لا يشترط ٠ وقد أيدت محكمة النقض ذلك بقولها : [انه لا يشترط في البيع الذي يجوز فيه الشفعة ان يكون بعقد مسجل او ثابت التاريخ ٠] (١)

وبناء علي ذلك فان تاريخ العقد العرفي الغير ثابت التاريخ حجة علي الشفيع إلى ان يثبت عكسه بكافة طرق الإثبات

د - إذا كان لا يشترط في بيع العقار المشفوع فيه ان يكون مسجلا للأخذ بالشفعة، إلا انه يلزم ان يكون سند العقار المشفوع به _ عقد البيع _ مسجلا _ لان الشفيع لا يشفع إلا بعقار يملكه ، وهو لا يملك العقار المشفوع به عن طريق البيع إلا إذا كان هذا البيع مسجلا ٠
وان يكون التسجيل سابقا علي انعقاد بيع العقار المشفوع فيه ٠ (٢)

١- نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ - أشار إليه د ٠ السنهوري ف ١٧١
٢- د ٠ السنهوري ف ١٧١

الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع :

تنص المادة ٩٣٨ مدني علي انه [إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل ان تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة او قبل ان يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، وبالشروط التي اشترى بها]

ويفترض هذا النص حالتين :

الحالة الأولي :- بيع العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .

فإذا باع المشتري العقار لمشتر ثان بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فان هذا البيع لا يكون حجة علي الشفيع ، الذي يستطيع تجاهله ، و إتمام الإجراءات الخاصة بالشفعة في البيع الأول ، والحصول علي العقار بالشفعة وفقا لشروطه . (١)

[وذلك لا يمنعه ، إذا رأى ان شروط البيع الثاني ايسر او ان الثمن فيه اقل ، من ان ينزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني في مواعيد هذا البيع وبشروطه] (٢)

الحالة الثانية :- بيع العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة

فإذا باع المشترى الأول العقار للمشترى الثاني قبل ان يسجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، فان البيع يكون حجة علي الشفيع ، الذي لا يستطيع الأخذ بالشفعة إلا في هذا البيع الثاني

١- د . جمال الدين زكي ف٢٢٨

٢- د . السنهوري جـ٩ ف١٧١ _د . عبد الفتاح عبد الباقي ف٢٨٤

وبالشروط الواردة فيه مع التزامه بمواعيد الشفعة فيه ٠
وعلي الشفيع ان يوجه إجراءات الشفعة إلى كل من المشتري الأول والمشترى الثاني اللذين يقوم بينهما البيع الثاني الذي يأخذ فيه بالشفعة ، ولا شان بها للبائع الأول ٠

فإذا كان البيع الثاني لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة لسبب ما أو مانع يمنعه ـ امتنع علي الشفيع الأخذ بها ، حتى ولو كانت جائزة في البيع الأول ٠

ولكن يجوز للشفيع ان يثبت بان البيع الثاني صوري لمنعه من الأخذ بالشفعة بكافة طرق الإثبات ، فإذا ثبت ذلك فإنه يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الأول بشروطه ومواعيد الشفعة فيه (١)

بيوع لا تجوز الشفعة فيها :

وفقا لنص المادة ٩٣٩ فإنه يوجد موانع للأخذ بالشفعة وموانع الشفعة غير مسقطاتها ، لان المانع يلغي الشفعة ابتداء ، أما المسقط فيلغي الشفعة بعد قيامها ٠
فلو باع الرجل لزوجته عقارا وجد المانع من الأخذ بالشفعة فلا تقوم ابتداء ٠ وإذا تنازل الشفيع عن الشفعة او لم يأخذ بها في مواعيدها المقررة او لم يراع الإجراءات المرسومة لها فان الشفعة تسقط انتهاء بعد قيامها ابتداء ٠

١ـ د ٠ السنهوري جـ ٩ ف ١٧٢ـ د٠ جمال الدين زكي ف ٢٢٨ـ
د ٠ محمد كامل مرسي جـ٣ ف ٥١٣ ـ د ٠ الصده ف ٣١٨

وموانع الشفعة المتعلقة بالبيع هي :-

١- البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون :

فلا يجوز الأخذ بالشفعة (إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون) م٩٣٩/ أ

إذن يشترط لمنع الشفعة هنا أمران :

الأمر الأول - البيع بالمزاد العلني

الأمر الثاني - يجري وفقا لإجراءات رسمها القانون

ويتحقق الشرطان في البيوع التالية :

١- البيع الجبري أمام القضاء بناء علي طلب الدائنين لنزع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه ٠

٢- البيع أمام القضاء لعقار شائع لا يمكن قسمته عينا دون ضرر ، وهذا ما يطلق عليه بقسمة التصفية وفقا لقواعد قانون المرافعات

٣- بيع الدولة لأملاكها الخاصة بالمزاد العلني وفقا للتشريعات الخاصة بذلك أمام جهة الإدارة ٠

٤- الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب ايا كانت أنواعها وفقا لإجراءات قررتها التشريعات الضريبية أمام جهة الإدارة ٠

٥- بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمزاد العلني أمام جهة القضاء وفقا لقانون المرافعات ٠

٦- بيع العقار المثقل بتكاليف عينية بيعا اختياريا بالمزاد العلني أمام القضاء وفقا لقانون المرافعات ٠ (١)

١- انظر إلى تفصيل هذه البيوع د ٠ السنهوري جـ٩ ف١٧٤ د ٠جمال الدين زكي ف ٢٣٠

الا ان المنــع لا ينطبــق علي بيع العقار بمزاد غير علني عن طريق العطاءات في مظاريف مغلقة ٠ وفقــا لإجراءات رسمها القانون لكن لا يعد بيعا بالمزاد العلني ، فــلا يستطيــع راغب الشراء ان يتابع المزايدة ٠

[وحكمة منع الشفعة في هذه البيوع ، ان الشفيع يستطيـع إذا رغب في شراء العقار ، ان يدخل في المزاد الذي يكون يسيـرا عليه ان يعلم بأمره ٠ لصفته العلنية من ناحية ، ولان إبـاحـة الأخذ بالشفعة يقعد كثيرا من الأشخاص عن الدخول في المـزاد فلا يتسنى الحصول علي اعلي ثمن للعقار المبيع ، حين ان منع الأخذ بالشفعة يلزم الشفيع بالمزايدة علي الراسي عليه المـزاد فيرتفع الثمن الذي يرسو به المزاد ٠] (١)

٢- البيع لبعض الأقارب :

فالبيع إذا وقع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين أو بين الأقـارب لغاية الدرجة الرابعة ٠ كبيع المالك لأخيه أو أخته وهما في الـدرجة الثـانية أو عمه أو خالـته أو ابـن أخيه ـفي الدرجة الثالثة ، أو ابن عمه أو بنت خاله ـفي الـدرجة الرابعة أو بيع المالك لاحد أصهاره إلى الدرجة الثانية : كاب زوجته أو بنت زوجته أو لزوجة ابنه وهم أصهاره في الدرجة الأولى (٢) أو لأخ زوجته أو لزوجة أخيه أو لجد زوجته ـ أصهــار فــي الدرجة الثانية ، والحكمة من منع الأخذ بالشفعة هنا هــي ان مثل هذا البيع يكون للاعتبار الشخصي عادة دخل كبير فيه (٣)

٣- بيع العقار لجعله محل عبادة أو لالحاقه بمحل عبادة

فإذا باع المالك أرضه لمشتر بهدف تخصيصها لبناء مسجـد أو توسعة لمسجد قائم أو لبناء كنيسة أو معبد فان الشفعة لا تجوز لان المصلحة العامة أولى برعاية الشفيع ولا يتنـاول المنــع لغرض ديني أخر غير العبادة

١- د٠ محمود جمال الدين ف ٢٣٠ ٢- المرجع السابق ص٤٢٥
٣- د ٠ مصطفي الجمال ف٣٠٥

الشروط الواجب توافرها في الشيء المشفوع فيه

[المـــال المبيـــع]

لابـــد مـــن توافر شرطين في المال المشفوع فيه حتى يكــون محــلا للشفـعــة وهـمـــا :

الشرط الأول : يجـب ان يكـون المـــال المبيـع عقارا

فالشـفـعـة لا تـكـون الا فـي العقـــار وفـقا للمادة ٩٣٥ مدني ولابد ان يرد البيع علي العقار بوصفه عقار ٠ فـإذا بـاع العقار للمشتري باعتباره منقولا بحسب المال مثل ما لو بـاع المالـك البناء علي ان يقوم المشتري بهدمه واخذ أنقاضه فـان الشفعة في هذه الحالة لا تجوز ٠

ولو وجد عقار بالتخصيص وهو المنقول الـذي يضعـه صاحبـه في عقار يملكه رصدا علي خدمة هذا العقـار واستغلاله وبيـع مستقلا عن العقـار الأصلـي فـان البيـع فـي هـذه الحالـة يعتبر واردا علي منقول فلا تجوز الشفعة فيه ،أما لو بيع مـع العقـار الأصلي فانه يعد من ملحقاته ويدخل في نطـــاق الشفعة ٠(١)

وعلي ذلك لو بيعـت مزرعـة بمـا فيـها مـن مـــواش وآلات ري وغيرهـا ممـا يعد عقـارا بـالتخصيص فـان الشـفعة تثبـت فــي المزرعة وما تحتوي عليه من المواشي وآلات الري بعكس لـو تم فصلها وبيعت مستقلة ، فهي بمثابة بيـع المنقـول لا شـفعة فيه ٠ (٢)

١- د ٠ الصده ف ٢٧٢ في المحاضرات
٢- د ٠ السنهوری ف ١٦٨

إذن لا شفعة في المنقول و إنما يرد عليه حق الاسترداد الذي يثبت في المنقـول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا المنقول لاجنبـي بطـريق الممارسـة ٠

وحق الاسترداد أشبه بحق الشفعة لأنها حـق استرداد يثبت في العقار في أحوال خاصة وبشروط معينة ٠

أمـا شـروط الاسـترداد فهـي :-

١- أن يوجد بيع صادر من أحد الشركاء في مجموعة من المال او في منقول معين بالذات ٠
٢- ورود البيـع علـي حصة شائعة ٠
٣- صدور البيـع إلى أجنبي عن الشركاء ٠
٤- ان يكون المسترد هو أحد الشركاء { م ٨٣٣ } ٠
٥- يجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، في خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع او من تاريخ إعلانه به

الشرط الثاني : عدم قابلية الشفعة للتجزئة

القـاعـدة : ان الشفعة لا تقبل التجزئة فلا يجوز للشفيع ان يأخذ بالشفعة بالبعض ويترك البعض الأخر من الشيء المبيع ٠ ولذلك فـلا بد من طلب الشفعة في كل العقار حتى ولو كان معه شفعاء غيره ٠ وأيضا لو باع المالك العقار لاكثر من واحد فلا يجوز للشفيع ان يطلب الشفعة من بعضهم فقط لما فيه من تفريق للصفقة ، ومن إضرار بالمشترى ٠
وإذا كان البيع واردا علي عدة عقارات فتجوز الشفعة في أحدها ما لم يكن الهدف من البيع تخصيصها جمعا لغرض فلا تجوز الشفعة إلا فيها جميعا منعا من الإضرار بالمشتري كذلك

١- د ٠ الصده - في المحاضرات ف ١٧١ - د ٠ جمال الدين زكي ف ٢٢١

٨ - الإجـــــراءات الخـــاصـــة بالشفـعـــة

إذا توافرت الشروط السابقة للأخذ بالشفعة ، وطلبها الشفيع ، واخذ حقه بالتراضي والتسليم من المشترى حل الشفيع محل المشترى في المال المشفوع فيه محل البيع ، ويكون له حقوقه وعليه التزاماته ٠
لكن الغالب في الحياة العملية ان حق الشفعة مثار نزاع وخلاف وخصومة بين الشفيع والمشفوع منه (المشترى) مما دفع المشرع إلى وضع إجراءات حاسمة للأخذ بالشفعة حتى لا يظل المشترى تحت رحمة الشفيع لمساومته ومضاربته ٠
وهذه الإجراءات تنحصر في ثلاثة أمور :

١- إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة
٢- إيداع الثمن في خزانة المحكمة
٣- رفع دعوي الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها ٠

ونبين هذه الأمور بإيجاز فيما يلي :

أولا – إعلان الرغبة في الشفعة

تنص المادة ٩٤٠ مدني [علي من يريد الأخذ بالشفعة ان يعلن عن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشترى ، وإلا سقط حقه ويزاد علي تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك]

ويفهم من هذا النص أنه يجب علي من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن عن رغبته في ذلك ، وهذا الإعلان يوجه بموجب المادة ٩٤٠ مدني إلى كل من البائع والمشتري ، ويلزم ان يكون رسميا وإلا كان باطلا ٠

ويجب ان يتم توجيه الإعلان في ميعاد معين ، وهو خمس عشرة يوما ـ مضافا إليها أيام المسافة اللازمة ـ من الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشترى ، يعلنه فيه بحصول البيع ، ويدعوه إلى ان يبين موقفه من رخصة الشفعة وإلا سقط حقه في الشفعة ٠ (١)

الإنذار الرسمي بوقوع الشفعة

تنص المادة ٩٤١ مدني علي ما يلي : [يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة علي البيانات الآتية وإلا كان باطلا
وهذه البيانات تتمثل في بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا ، وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه ٠]

ويجب ان يكون الإنذار رسميا علي يد محضر وإلا كان باطلا فإذا علم الشفيع بالبيع جاز له ان يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة دون حاجة إلى انتظار الإنذار ، بل له ان يتخطي هذه المرحلة إلى مرحلة إيداع الثمن ورفع دعوي الشفعة ، ويعتبر إعلان عريضة دعوي الشفعة إعلانا للرغبة في طلبها ٠ (٢)

((فإذا لم يقم البائع أو المشتري بتوجيه هذا الإنذار إلى الشفيع ، او كان الإعلان باطلا لعدم استيفاء البيانات اللازمة او لعدم جريانه بالطريق الرسمي ، كان من حق الشفيع ان يعلن رغبته في الشفعة خلال أربعة اشهر من يوم تسجيل البيع ٠ فإذا لم يتم إنذار الشفيع بالبيع ولم يسجل ، فان رخصة الشفعة لا تسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة من وقت البيع وفقا للقواعد العامة ٠)) (٣)

١ـ د ٠ مصطفي الجمال ف ٣٠٨ ص٤٣٥
٢ـ د ٠ السنهوري ف ٢٠٤ ص ٦٢٧
٣ـ د ٠ الجمال ف ٣٠٨

الـــرســـميـــة فـــي إعـــلان الــرغــبـــة :

المادة ٩٤٢ مدني تنص علي ان يكون [إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب ان يكون رسميا وإلا كان باطلا ولا يكون هـــذا الإعلان حجة علي الغير إلا إذا سجل]

إذن يجب إعلان رغبته رسميا علي يد محضر لكل من البـائـع والمشترى وفي المكان الذي يقيم فيه كل منهما عـادة وفقـا للمادة ١/٤٠ مدني وبإعلان رغبته تتكامل عناصـر الشفعة ويحل الشفيع محل المشترى اتجاه البـائـع بحكـم القانون . وعليه ان يمضي في الإجراءات التالية لذلك ، بإيـداع الثمن في خزينة المحكمة - ونـبـيـن ذلـك فـيـمـا يـلـــي :

إيـــداع الـثـمـن خـــزانـــة المحكمـــة

المادة ٩٤٢ /٢ تبين ذلك بقولها [وخلال ثلاثين يوما علي الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب ان يودع خـــزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة ان يكون هذا الإيداع قبل رفـع الـدعوى بالشفعة . فـإذا لـم يتـم الإيـداع في هذا الميعاد علي الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة]

فإيداع الثمن في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه في الموعد المحدد أمر ضروري وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة . وذلك ضمـانا لجدية الشفيع في طلبه الشفعة ، فـإذا لـم يتـم الإيـــداع سقط حقه في الطلب . وإيداع الثمن في الموعد المحدد من الشفيع أمـــر حتمي حتى ولو كان الثمن مؤجلا لصـالـــح المشـتـرى كله او بعضه .

وفقا لنص المادة ٢/٩٤٥ مدني التي تنص علي ان [الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتـرى في دفع الثمن إلا برضاء البائع]

والإيـــــداع ينصرف إلى الثمن الحقيقي وحده ، دون ملحقاته كرسوم التسجيل واستخـــراج الشهـادات العقارية والسمسرة وأتعاب المحاماة وغيـــرها مما يلتـــزم بـــه الشفيع عند ثبوت الشفعة له ٠(١)

رفـــــع الـــدعـــــوى

إذا لم يسلم المشترى للشفيع بالشفعة ، وجب عليه بمـوجب الـمـادة ٩٤٢/ ١مـدنـي ان يرفع دعوى الشفعة علي كل من البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن في دائرتـها العقار المشفوع فيه وقيدها في خلال ثلاثين يوما من تـاريـخ إعـلان الـــرغـبـــة فـــي الشفـعـــة ٠

الحـكـمـــة مـــن ذلـــك :

هـي حث الشفيع علي الإسراع في إتمام إجراءات الشفعة حتى لا يظل مصيـــر الـبـيـــع معـلـقـــا دون مبـرر فإذا لم ترفع الدعوى علي كل من الطرفين - البائع والمشترى - أو لم ترفع في الموعد المحدد أو رفعت ولكنها لم تقيد فيـــه ، سقط حق الشفيع في الشفعة ٠ وفقا لنص المادة [٩٤٣]مدنـــي ويحكـــم فـــي الـــدعـــوى علـي وجـــه الســـرعة ٠ (٢)

ومتي صـــدر الحكم في دعوى الشفعة لمصلحة الشفيع - بثبوت الشفعة - وصـار نهائيا يعتبر بعد تسجيله سندا لملكية الشفيع [م٩٤٤ مدني]

١- د ٠ السنهورى جـ٩ ص٦٦٥ - د ٠ الصده ص ٤٩٢
د ٠ البدراوي ص ٣٩٦ - د ٠ منصور ص ٣٤٩ - د ٠ الجمال ص٣٠٨

٢- انظر تفصيل ذلك د ٠ السنهورى جـ٩ ص٦٦٩
د محمود جمال الدين زكي ص٤٧٨ ف٢٦٣ -
د ٠ مصطفي الجمال ف ٣١١ - د ٠ البدراوي ص ٣٩٧

٩ - سقـــوط الشـفـعـــة

مسـقـطـــات الشـفـعـــة :

تنص المـــادة ٩٤٨ مدني علي انه [يسقط الحق في الأخذ بالشفعة فـي الأحـــوال الآتيـــة :
(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولـو قبل البيع
(ب) إذا انقضت أربعة اشهر من يـوم تسجيـل عـقـد البيـع
(جـ) وفي الأحـوال الأخـرى التـي نـص عليـها القـانـون ٠]

ويفـهـــم من هذا النص ان الشفعة تسقط إذا زال سببها قبل تمام الأخذ بها ـ قبل صـــدور الحكم بثبوتها أو تسليم المشترى بها كما لـــو تصرف الشفيع في الحق المشفوع به تصرفا ناقلا للملكية قبل الحكـــم بهـــا ٠ أو زال التلاصق بين العقارين المتجاورين أو تخلف الشفيع عن الإجـــراءات التي رسمها له القانون من إعلان رغبته في الموعد المحـــدد ، أو إيداع الثمن في خزانة المحكمة ، أو عدم رفع الدعوى أو عـــدم قيدها في الموعد المحدد ٠

وفضلا عن ذلك فقد نص المشرع علي عدة حــــالات لسقوط الشـفـعـــة وهــــــي :

<u>الحالة الأولى</u> : سقـــوط الحـــق بالشـفعة بالتنازل عنه حتى ولو تم قبل البيع ٠

وبهذا قد خرج المشرع علي القواعد العامة رغبة منه في التضييق من نطاق الشفعة ٠

وغالبا ما يرد هذا التنازل في العقد الذي تلقي به الشفيع ملكية

عقاره كما لو اشترطت شركة تقسيم أراضى علي كل من يرغب في شراء قطعة ارض منها التنازل عــن الشفعة في حالة بيع الأراضي المجاورة مقدما ٠

وكما يكون التنازل ملــزما للمشتـري فانه يعتبر ملزما لخلف المشترى وفـقــا للمــادة ١٤٦مـدنــــي ٠
[والنــزول عـــن الشفعة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستخلص من الظروف ، كما لــو استـأجــر الشفيع العقار من المشتري أو اتفق معه علي تقـريـر حـق ارتفاق علي العقار المبيع أو ارتفاق لخدمته] (١)

الحالة الثانية : إذا انقضت أربعة اشهر من يوم تسجيل عقد البيع ٠

وهذا في حالة ما لـو يوجه إلى الشفيع الإنذار الرسمي أو كان الإنذار باطلا ، فان حقــه يسقـط إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة خلال اربعة اشهر من يـوم تسجيل عقد البيع او تسجيل الحكم الذي يصدر بصحته ٠
وهذه المدة ميعاد سقوط وليست مـدة تقادم فلا يرد عليها وقف او انقطاع ٠ (٢)

الحالة الثالثة : هل يؤدى مـوت الشفيع الي سقوط حقه بالشفعة ؟؟

اختـلف الـفـقــه الإسـلامـــي فـــي هــذه المســألة :
حيث ذهب الإمام مالك والشافعي إلى ان حق الشفيع في الأخــذ بالشفعة يورث عنه ، لانه حق معتبر والوارث خليفة المـــورث فيما كان له من حقوق ٠

١- د ٠ مصطفي الجمال ف ٣١٢ - د ٠ الصده ف ٢٨٧ محاضرات
٢- د ٠ الصده في المحاضرات ف ٢٨٦

ويري أبو حنيفة : انه لا يورث سواء مات الشفيع قبل طلبه او بعده لانـــه مجـــرد إرادة ومشيئة ، كما لا تثبت الشفعة للوارث استقلالا لانه لـم يكـن مالكا للعقار المشفوع به وقت صـدور عقد الـبـيـــــع ٠

ويري الحنابلة : انه يورث إذا طلب ، لان الحق يتقرر بالطلب أمـا إذا مات الشفيع قبل طلبه فلا يورث ٠(١)

وقد اختلف الفقه الوضعي أيضا في هذه المسالة حيث
يري البعض : ان حق الشفعة لا يسقط بموت الشفيع بل ينتقل إلى الورثة
ويري البعض : ان حـــق الشفعة يورث في حالة ما لو رفع الشفيع دعوي الشفعة ٠
أمـــا إذا مـــات الشفيـع قبل رفع الدعوى فلا يورث حقه لانه ما هو إلا مجـرد رخصـة لا تـــرقـــي إلى مـــرتبـــة هـــذا الحق ٠

ويري أخرون : ان هذا الحق لا يورث حتى لو مات الشفيع بعد رفع الدعوى لان الشفيع لم تستمر ملكيته إلى حيـن الحكم بالشفعة ، ولا يستطيع الوارث ان يأخـذ بالشفعة لانه لم يكن مالكا وقت البيع ٠

وقد اختـلـف القضاء في هذا الأمر حيث أيدت بعض المحاكم سقوط حق الشفيع فـي حالة ما لـو مات قبل ان يتملك العـقـــار المشفـــوع فيـــه بالـــرضـــا او بالقـضـــاء وأيدت بعض المحاكم الأخرى انتقال هذا الحق بالميـراث ٠(٢)

١- انظر الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ف ٩١٠ الشيخ محمد أبو زهرة

٢- د ٠ عبد المنعم الصده ف٢٨٨ _د ٠ محمد كامل مرسي جـ ٣ ص ٥٣٠ وما بعدها والأحكام المشار إليها

إلا ان محكمة الاستئناف أخذت بالمذهب الحنفي وقضت بسقوط الحق في الشفعة إذا مات الشفيع قبل ان يتملك العين المشفوع فيها بالرضاء أو بالقضاء ٠
لان هذا الحق مجرد رأي أو مشيئة فلا يمكن ان يورث ، ولان من شروط الشفعة ملكية الشفيع للعقار المشفوع به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة ٠
فإذا مات زال ملكه وسقطت شفعته بزوال سببها ، ولا تنتقل إلى وارثه لان الوارث إنما يملك بالميراث من وقت الوفاة وهي حادثة بعد البيع ٠ (١)

لكن محكمة النقض رفضت هذا الحكم وقضت بان خيار الشفعة ينتقل إلى الورثة بناء علي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، باعتباره مالا يورث وليس حقا متصلا بشخص الشفيع ، ولا يلزم التقيد بمذهب من مذاهب الفقه الإسلامي في نقل خيار الشفعة من عدمه ٠ (٢)

وهذا ما نرجحه لان الضرر الذي يجب دفعه قائما بصرف النظر عن الأشخاص ٠

ولذلك يقول أستاذنا الدكتور عبد المنعم الصده :
[ونحن نقر ما ذهبت إليه محكمة النقض من ان حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته ، و إنما ينتقل إلى ورثته ٠] (٣)

١- استئناف مصر في ٣ مايو ١٩٣٠ أشار إليه د ٠الصده ف٢٨٨
٢- نقض مدني في ٨ يونيه ١٩٣٩ أشار إليه د ٠ الصده ف٢٨٨
٣- المرجع السابق ف ٢٨٨

١٠- آثـــــارالشـفـعـــــة

إذا تمت الشـفـعـة صحيحة بتسليم المشترى بها أو بالحكم بها للشفيع ترتبت آثارها التي تتمثل فيما يلـــــي :

١- حلـــــول الشفيـــــع محـــل المشتـــــرى
٢- عـــــلاقـــــة الشـفـيـــــع بـالـبائـــــع
٣- عـــــلاقـــــة الشـفـيـــــع بالـمشتـــــرى
٤- عـــــلاقـــــة الشـفـيـــــع بـالـغـيـــــر

ونـبـيــن بـإيـجـــاز هـــذه الـنـقـــاط :

أولا - حلـــول الشفيـــع محـــل المشتـــرى في حقوقه والتزاماته ،

تنـص المـادة (٩٤٥مدني) علي انه [يحل الشفيع قبل البائع محل المشتـرى فـــي جميــع حقـوقه والتـزاماته]
وهذه الحلول يتم بانتقال ملكية العـقـــار المشفـــوع فيه إلى الشفيع بموجب الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة والذي يعتبر سندا لملكية الشفيع دون إخلال بالـقـواعد المتعلقة بالتسجيل (٩٤٤مدني)الذي بمقتضاه إذا تم تسجيل هذا الحكم فان الشفيع يصبح مالكا ،

ولكن رغم وضوح النص في هذه المسالة إلا ان الفقه الوضعي اختـلف حـول تحـديـد الـوقت الـذي تـنـتـقـل فيـه ملكية العقار إلى الشفيع ،(١)
حيث يري البعض بأنه إذا حكم بالشفعة او سلـم بـهـا المشتري فان ملكية الشفيع للعقار المبيع تستند إلى وقت البيـع للمشتري

١- انظر عرض هذه الآراء د ، محمد كامل مرسي جـ٣ف ٤٧٩ _د ،الصده ف ٢٩٠ في المحاضرات ،

لان الحكم الصادر يعتبر كاشفا ومقررا وليس ناقلا ٠

ويري البعض ان ملكية الشفيع ترجع إلى وقت تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو بالأقل إلى وقت رفع الدعوى

والرأي السائد في الفقه (١) وفي القضاء يذهب إلى ان حلول الشفيع في البيع محل المشترى يكون من وقت الحكم نهائيا بثبوت حقه في الشفعة ٠
أو من وقت التراضي عليها ، بحيث يعتبر ذلك الحكم ، او هذا التراضي منشئا لحق الشفيع ـ لا مقررا له ـ وناقلا من وقت تسجيله لملكية العقار المشفوع فيه ، في مواجهة البائع والمشترى والغير ، ويظل المشترى مالكا للعقار المشفوع فيه حتي تاريخ تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة او سند التراضي عليها ، وبهذا استقرت عليه محكمة النقض ٠(٢)

واستقر الفقه الوضعي الذي اخذ بمذهب الحنفية خلافا لأبى حنيفة الذي يري عدم الحاجة إلى قضاء القاضي لان حق الشفيع ثابت بطلب المواثبة وطلب الإشهاد والتقرير ٠

ويري الحنابلة ان الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بمجرد الطلب دون توقف علي رضاء المشترى أو علي قضاء القاضي ويري المالكية بان التملك يتحقق بمجرد الطلب وعلم الشفيع بالثمن ٠
أو بطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشترى عند الشافعية

١ـ راجع د ٠ محمد كامل مرسي جـ٣ ف٤٨٣ ـ
د ٠ الصده ف٣٣١ حق الملكية ـ د ٠ البدراوي ف٤٧٠ ـ د ٠ لبيب شنب ف ١١٥ ـ د ٠ عبد الباقي ف ٢٧٦ ـ د ٠ جمال الدين زكي ف٢٦٧ والمراجع المشار إليها في الهوامش ٠
٢ـ نقض ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ مشار إليه ـ د ٠ جمال الدين زكي ، هامش ص٤٦٠

إذن المذاهب الثلاثة يرون بان قضاء القاضي ليس ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع ،
لان الأحكام كاشفة وليست منشئة

إذن فالشفعة بالتراضي او بالتقاضي سبب لحلول الشفيع محل المشترى ،

ثانيا ـ علاقة الشفيع بالبائع

تنص المادة ٩٤٥ مدني علي ما يلي :
[١- يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته
٢- و إنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع
٣- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع ان يرجع إلا علي البائع ،]

ويفهم من هذا النص ان البائع يلتزم قبل الشفيع بجميع التزامات البائع ، والشفيع كذلك يلتزم قبل المشترى بجميع التزامات المشترى متي ثبتت الشفعة رضاء أو قضاء ، أما المشترى فانه يخرج من الصفقة ويختفي ، ولا يتوسط بين البائع والشفيع حيث يعتبر الشفيع هو المشترى منذ البداية ، ولذلك تخضع العلاقة بين الشفيع والبائع للأحكام الواردة في عقد البيع واهم هذه الأحكام هي :

<u>١- التزام الشفيع بالثمن والمصروفات :</u>

فإذا ثبتت الشفعة بحكم نهائي ، فان البائع يستطيع ان يتسلم الثمن الذي كان الشفيع قد أودعه في خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى ،

وفي حالـــة ثبــوت الشفعــــة بالتراضي بين الأطراف يلتزم الشفيع بدفع الثمن إلى البائع فورا ، ولـــو كـان هناك اتفاق بين البائع والمشترى علي تقسيط الثمن أو تأجيـل ، فـــان الشفيع والحالة هذه لا ينتفع بهذا الأجل إلا برضاء البـائـــع المادة (٢/٩٤٥) وهذا يعد استثناء من مبدا حـلــول الشفيع محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته ، لان تـأجيـــل الثمن لا يترتب إلا لاعتبارات شخصية بين الطرفين لما فيــه من ثقة بينهما قد لا تتحقـــق بيـن الشفـيـــع والبـائـــع ٠ وفضلا عن ذلك فان الشفيع يلتزم بكافة المصروفات الأخرى كرسوم التسجيل ونفقات تسلم المشفوع فيه ، والتي تكــون دينا في ذمة الشفيع ، ومحل مـطـالـبـــة البـائـع لـها ٠ (١)

٢ - التــــــزام البـائـــــع بالضـمــــــان :

وفـقــــا للـمــــــادة ٣/٩٤٥ التـــي تنص علي انـــــه :
[إذا استحق المبيع للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع ان يرجع إلا علي البائع]

ويفـــهــم من هذا النص ان من حق الشفيع الرجوع علي البائع إذا استحـق الغير الشيء المبيع ، وهذا وفقا للقواعد العامة حيث يلتزم البائع بضمان التعرض ماديا او قانونيا ، وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ٠ لان الشفيع كما قلنا سابقا يحل محـــل المشتـــرى في جميع حقــــوقــــه والتــــزامـه إلا مــــا استـثـنـــي ٠

٣- التــــــزام البـائــــع بنقل ملكية العقار المبيع إلى الشفيع

وهذا يتم بموجب تسجيـــل الحكم النهائي القاضي بثبوت الشفعة ـ (سنــــد الشـفـعـــــة)

١ـ د ٠ السنهورى جـ ٩ ص٧٤٣ د ٠ جمال الدين زكي ص٤٩٥

ووقــت تسجيل الحكم هو وقت انتقال الملكية ، إلا إذا تمت الشفعة بالتراضي فــان الملكية تنتقل بالتأشير على هامش تسجيل البيع الذي تم إلى المشترى بإقرار منه ـ وهذا على فرض انه مسجل - بخلاف ما لــو كــان البيــع غير مسجل فانه من اللازم تسجيل إقرار الشفعة مع عقــد البـيع بيــن الشفيع والبائع ٠ (١)

٤- التـــــزام البائـــــع بتسليـــم العقار المشفوع فيه

يلتزم البائع بتسليم العـقــار المشفــوع فيه الي الشفيع إذا لم يكن قد سلمه للمشترى ٠ (٢)
ويسرى علي هذا الالتزام المبــادئ العــامــة التي وضعها المشرع بهذا الخصوص ٠
فإذا هلك العقار المشفوع فيه في يد البائع لسبب أجنـبي لا يد له فيه ، قبل تسلمه إلى الشفيع ، هلـك علي البائـــع ٠ (م٤٣٧ مــدنــي) وعليه ان يقوم برد الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة فــي حــالــة مــا لو تسلمه من المحكمة(٣)
{ وإذا هلك العقار في يد المشترى قبل تسلمه إلــى الشفيع أو أعذاره بتسلمه كانت تبعة الهـــلاك علي المشترى ٠
٠٠٠٠٠٠اما إذا هلك العقار بعد تسلمــه إلــى الشفيــع او أعذاره بتسلمه، فان تبعة الهلاك تقع عليه ، فلا يجوز له الرجوع علي أحد } ٠(٤)
علي ان تطبق المادة ٤٣٨مدني المنظمة للهلاك الجـزئي للمبيع قبل تسلمه من البائع ٠

١ـ د ٠ جمال الدين زكي ف٢٦٩ ص ٤٩٥
٢ـ د ٠ السنهورى ٢٣٤/٩
٣ـ د ٠الصده ف٣٣٢ص٥١٢ د٠ جمال الدين زكي ف٢٧
٤ـ د ٠ الصده المرجع السابق

٥- التزام الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه

إذا كان العقار المشفوع فيه لا يـزال بيد البائع أو المشتري فان الشفيع يلتزم بتسلمه تحقيقا للغاية وللثمرة المرجوة من طلب الشفعة ٠ علي ان تكون نفقـات تسلـم المبـيع علي المشترى ما لم يوجد عرف او اتفـاق يقـضي بغير ذلك ، وفـقـا للمـادة ٤٦٤ مـدنـي التي تنص علي ان [نفقات التسليم علي البائع أما نفقات التسلم فعلي المشترى (الشفيع) ولا يجوز له بعد الحكـم بها ان يرفض تسلم العقار المشفوع فيه و أداء الثمن بحجـة ان الحكـم صدر لمصلحته ، وقد تنازل عنه ٠] (١)

ثالثا ـ عـلاقـة الشفـيع بالمشـتـرى

تـنـص المـادة ٩٤٦ مـدنـي علي انه :

[١- إذا بني المشتـري فـي العـقار المشفوع أو غرس فيه أشجار قبل إعلان الرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى إما المبلغ الذي أنفقه او مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء او الغراس ٠

٢- و أما إذا حصل البناء او الغـراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع ان يطلب الإزالة ٠ فـإذا اخـتـار ان يستبقي البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بـدفـع قيمة أدوات البـنـاء و أجـرة العمـل او نفقات الغـراس]

ويفهـم من هذا النص انه إذا تسلم المشترى الشيء المبيع من البـائـع وثبتت الشفعة للشفيع بالتراضي او بالتقاضي فانه ينشا عدة التـزامـات في جانب المشتري وفي جانب الشفيع نبينهـا فيمـا يلـي :

١- د ٠ السنهوري ٩/ ٧٥٨

(١)- التزام الشفيع بسداد الثمن ومصروفات البيع إلى المشترى ورد النفقات الضرورية والنافعة ٠ (١)

(٢) - التزام الشفيع بتعويض المشترى عن المنشات او الغراس التي أقامها المشترى ٠

إذا كان العقار المشفوع فيه تحت حيازة المشتري و أقام بعض المنشات او الغراس في هذا العقار (تصرفات مادية) وثبتت الشفعة للشفيع فما الحكم في هذه التصرفات المادية ؟؟؟

نفرق بين حالتين :

أ- حالة ما لو أقامها قبل إعلان الرغبة في الشفعة

ب- حالة ما لو أقامها بعد إعلان الرغبة في الشفعة

<u>ونبين الحالتين فيما يلي : -</u>

<u>الحالة الأولى</u> : إقامة المنشات أو الغراس قبل إعلان الرغبة في الشفعة

وفقا لنص المادة ١/٩٤٦ مدني انه إذا أقام المشترى بناء أو غراسا في العقار المبيع (المشفوع فيه) قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، فانه لا يجوز للشفيع ان يطلب إزالتها ، ولكن الواجب عليه ان يأخذ العقار بما عليه من منشات مع تعويض المشترى حسب اختياره ، أما ان يدفع الشفيع المبلغ الذي أنفقه ، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس ، ومعنى ذلك ان الشفيع يلتزم بأكبر هاتين القيمتين تبعا لما يختاره المشترى ٠

١- انظر تفصيل ذلك د ٠السنهورى ٧٦٤/٩ -
د ٠ جمال الدين زكي ص٤٩٨
والمواد ٩٨٠ . ٩٨٢ ، ٩٥٤، ٩٢٥ مدني

والمشرع قد عامل المشترى هنا معاملة افضل من الباني في ارض الغير بحسن نية { الالتصاق} حيث يكون الخيار لصاحب الأرض الذي يختار اقل القيمتين المذكورتين ، أما المشترى فانه يختار اكبر هاتين القيمتين ،

وعلة التفرقة ان المشترى لا يعد بانيا او غارسا في ارض غيره ، بل يعتبر مالكا يتصرف في ملكه كيفما يشاء ولا حرج عليه ما دام يزاول هذه الأعمال قبل إعلان الشفيع رغبته في الشفعة ، (١)

<u>الحالة الثانية</u> : إقامة المشترى البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة [م ٩٤٦/٢]

فإذا حصل البناء او الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفيع بالخيار بين طلب الإزالة و إعادة العقار المشفوع فيه الي ما كان عليه ، علي نفقة المشترى مع التعويض إذا وجدت أسبابه ،

وبين استبقاء المنشات مع التزامه بدفع ما أنفقه المشترى أي قيمة أدوات البناء و أجرة العمل او نفقات الغراس ، وهذا بعكس صاحب الأرض في الالتصاق - إذا كان الباني سئ النية- فان له الخيار في استبقاء المنشات مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو ما يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسببها ، لان المشتري رغم سوء نيته لقيامه بالبناء بعد إعلان الرغبة الا ان ملكيته للأرض قائمة حتى يحكم بالشفعة ، فلا يعد بانيا في ارض غيره ،

(٣)- التزام المشتري بتسليم العقار للشفيع (تبعة الهلاك)

لو فرضنا بان المشترى قد تسلم العقار المبيع من البائع فالواجب عليه تسليمه إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها

١- د ، الصده ف ٣٣٧ - حق الملكية - ،
د ، محمود جمال الدين ص ٤٩٨ ف ٢٧٦

وقت البيـــع ، أمـا إذا هلك العقــار وهو في يد المشترى لسبب أجنبي لا يد له فيه ، قبل تسلمـه للشفيـع فان تبعة الهلاك تكون علي المشترى استنادا الي التـزامـه بتسليـم العقار المشفوع فيه ٠(١)

(٤)- حــق الشفيـــع فـــي ثـمار العقار المشفوع فيه ٠
اتفق الفقـه الـوضعـي علي ان الشفيع له الحق في ثمار العقار المشفوع فيه من يوم التراضي وتسليم المشترى بها أو من يوم الحكم له بالشفـعــة ٠
لانه منذ صدور الحكم بالشفعة يصبح الشفيع هو المشترى لانه حل محله وقت صــدور الحكــم ٠
أما قبل صدور الحكم النهائي بالشفعة ، فلا حق للشفيع في الثمار حيث تكون من حق المشترى وحده ،لانه يعتبر مالكا حتى صدور الحكم ، وبصدوره يصبـح لا صلـة لـه بالثمار ، والشفيع ينشا حقه بموجب الحكم ، ولا حكم هنا ، وهذا ما استقــر عليه غالبية الفقه ، و أحكام محكمة النقض ٠ (٢)
والبعــض يري بان الشفيع يستحق ثمار المشفوع فيه من وقت إيــداع الـثـمن كاملا خزانة المحكمة ، لانه ليس من العدالة إلزام الشفيع بإيــداع الثمــن ثم حرمانه من الثمار حتى صدور الحكم ، بل ربما تطول فترة الإيداع ، مما يؤيد اعتبار إيـــداع الثمـــن مخـــولا الحــق في الثمار ٠(٣)
والذي أراه بان الشفيع لا يستحق الثمار إلا بعد الحكم له بالشفعة حتى يصير مالكا ٠

رابعا ــ عـلاقــة الشـفيـــع بــالغيــــر
هذه العلاقة لا توجــد إلا إذا رتب المشترى علي العقار المبيع حقوقا عينية ، ولكن السؤال المطروح هــل رتـبـها قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعــد التسجيـــل ؟؟

١- د ٠ الصده ف٣٣٢ ، د ٠محمد كامل مرسي -السابق
٢- د ٠ البدراوي ص ٤٨١ ٣ - د ٠ الصده ص٥٠٦

والإجابة عند ذلك تقتضي ان نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : الحقوق العينية التي رتبها المشترى قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ٠

مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق ، وحق الحكر ، وغيرها من الحقوق العينية الأصلية ومثل حق الرهن الرسمي او الحيازي من الحقوق العينية التبعية ، وتم شهرها بالقيد او بالتسجيل قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة فهذه الحقوق التي رتبها المشترى علي العقار المشفوع فيه في هذه الحالة تعتبر نافذة في مواجهة الشفيع ، حيث ينتقل إليه هذا العقار بموجب تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة أو بتسجيل إقرار المشتري بالشفعة وهو مثقل بها ٠ [٩٤٧مدني] وليس للشفيع في هذه الحالة إلا الرجوع علي المشتري وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب ، أو بطلب التعويض إذا رتب الحق العيني بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة وقبل تسجيله ٠ (١)

الحالة الثانية : الحقوق العينية التي رتبها المشترى بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ٠

فالحقوق العينية أيا كان نوعها " أصلية او تبعية " التي رتبها المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة لا تسري في حق الشفيع ولا تنفذ في مواجهته وينتقل إليه العقار المشفوع فيه خاليا وخالصا من هذه الحقوق ايا كان نوعها ٠ طالما قيدت او سجلت بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ٠ ولكن يبقي مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما ال للمشترى من ثمن العقار [٩٤٧مدني]

((فاذا كان الدائنون الذين قيدوا حقوقهم علي العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة لا يستطيعون تتبع العقار المشفوع فيه في يد الشفيع ، فانهم يحتفظون مع ذلك بميزة الأولوية علي الثمن الذي يستحقه المشتري في مقابله)) (٢)

١- د ٠ السنهوري ٢٤٩/٩ ، د ٠ جمال الدين زكي ف ٢٨٠

٢- د ٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢٨١

الفصل الرابع

الحيــــازة

أهـميـــة الحيــــازة :

أهتــم المشرع الوضعي بالحيازة كسبب من أسباب كســب الملكية مبينا ماهيتها والآثار المترتبة عليها في المواد [٩٤٩- ٩٨٤مــدنـــي] بما يدل علي ان المشرع قد اعتني بها عناية بالغة تتفق مــع مــالها مـن أهمية بالغة في الحياة الاجتماعية (العملية والعلمية) ٠

ولذلك نجـد القانون يحميها لذاتها سواء أكانت تستند إلى حق الحائز أو لا تستـنـد إلى حق له ، بل يرتب عليها أثارها رغم أنها ما هي إلا واقعة مادية ، وذلك لاعتبارات الأمن واستقرار النظام في المجتمع التي تقتضــي منع الاعتداء علي الأوضاع الواقعية القائمة بالفعل حتى ولو كـان المعتـدي هـو صاحب الحق، لكن الأصل ان تكون الحيازة مستندة إلى حـــق يساعد صاحبه إلى حمايته،كوسيلة سهلة لهذا الغـرض ٠(١)

ونبين فيما يلي أهــم هــذه النقاط الخاصة بالحيــازة وهي :-

١- تعـريفـها ٢- نطـاقـها ٣- عنـاصـرها ٤- عيـوبها
٥- انتقالها ٦- زوالها ٧- أثارها ٨- التقادم المكسب
٩- ملكية المنقول بالحيازة

١- د ٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢٨٢
د ٠ مصطفي الجمال ف ١٥٨

أولا - تعـــريـــف الحيــــــازة:-

هـــي السيطرة الفعلية علي شيء يجوز التعامل فيه مع انصراف النيـة إلـــى استعـمـــال حقه عليه ٠ (١)

والأصـــل فـي الحيــازة اجتماع السلطة الفعلية علي الشيء التي تكون الحيازة والسلطـة القـانـونـيـة عليـه التي تتمثل في حق الملكية ٠

إلا ان الحيــازة مستقلة عن الحق ، ومن الممكن ان تقوم بدونه ، حيث لا يكون للحائز أي حق علي الشيء الذي يحوزه ٠

ثانيا - نــطـــاقــــهـــــا :-

الأصل ان يكون الشيء محل الحيازة قابلا للملكية الخاصة فلا مجال للحيازة في نطاق الأشياء خارجة عن التعامل كالأملاك العامة ٠

و إذا كانت الحيازة تتسع لجميع الحقـوق العينية القابلة لها فإنها لا تتسع لغيـــر الحقوق العينية ، فلا ترد علي الحقوق الشخصية ، أو الأشياء غيـــر المادية ، أو مجموعات الأموال سواء أكانت قانونية كالتركات أو فعلية كالمحلات التجارية لأنـها غير قابلة للحيازة وان كانت مفـــرداتـها قـابلـــة لها ٠ (٢)
بخلاف السندات لحاملها فتصح ان تكون محلا للحيازة طبقـــا لقـاعـــدة الحيــازة في المنقول سند الملكية ٠ (٣)

١- د ٠ جمال الدين زكي ف٢٨٣ ، د ٠ السنهوري ف٢٥١
د ٠ الصده ف٣٤٢ ، د محمد شنب ف١٢٧ ، د٠ محمد علي عرفه ف٧٥
٢- د ٠ جمال الدين زكي ف ٢٨٣
٣- د ٠ حسام الاهواني أسباب كسب الملكية ص٢٢٥

ثالثا ـ عنــصــرا الحــيـــازة : -

للحيـــازة عنصـــران هما عنصر مادي وعنصر معنوي

١ـ العنصـــر المــادي : وهو عبارة عن الأعمال المادية التي تنطوي عليها مزاولة الحق موضوع الحيازة

والتي تختلف باختلاف الشيء الذي ترد عليه ، والحق الذي يقصد حيازته ٠ فإذا كـان هذا الحق ملكية ، تكون العنصر المادي من السيطرة التي تكـون للمالك علـي مـا يملكه من استعمال واستغلال ، وتصرف مادي ، وإذا كـان هـذا الحـق ارتفاقا بالمرور ، تمثلت السيطرة المادية في المرور فعـلا في ذات الموضع الذي يراد استعمال الحق فيه ٠

أما التصرفات القانونية كالإيجار والبيع لا تكفي لتوفير العنصر المادي لانه من الممكن ان يقوم بها من لا يسيطر علي الشيء بل لا بد من قيامه من عمل مادي إيجابي يستحوذ بـــه الحائز علي الشيء ٠ (١)

وتقدير الأعمال المكونة للـــركن المادي مسالة يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ، طبقا للأعمـال المألـوفة التي تـرد علي الشيء حسب طبيعته ٠(٢)

ويمكن مباشـرة هذه الأعمال لحساب الحائز بواسـطة شخص أخر إذا [كان متصلا به اتـصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة] وفقا للمادة [١/٩٥١ مـدني] كخادم أو تابع أخر له حيث يباشر السيطرة المادية بالوســاطة ٠ (٣)

١ـ د ٠ السنهوري جـ ٩ ف ٢٥٩
٢ـ د ٠ رضا وهدان مصادر الملكية ف٩٦ طبعة ١٩٩٥
٣ـ د ٠ عبد المنعم الصده ف ٣٤٨

بل من الممكن ان تكـون هـذه الـوساطة من شخص يستعمل الشيء لمصلحته ، وهو ما يطلـق عليـه بالحائـز العـرضي كالمستأجر أو المستعير الذي يباشر السيطرة المادية بـدلا من المؤجر أو المعير ٠ (١)
ويمكن أيضا مباشرة الحيازة من قبل الغير ، كمـن ينـوب عن المالك اتفاقا أو قانونا كالـوكالة أو النيابـة القانـونية ٠ (٢)

٢- العنصر المعنوي : فالعنصر المعنوي للحيازة هو نية الحائز في العمل لحساب نفسه ٠
أو نية الحـائـز في القيام بأعمال السيطرة المادية علي الشيء باعتباره صـاحـب الحـق عليه أو هو نية العمل كمالك أو نية التملك ٠
والعنصر المعنوي هو الذي يميز الحيازة القانونية عن الحيازة العرضية وهو عنصر مفترض ، لان الأصـل الـذي يمثله الوضع العادي ، ان الحائز يعمل لحساب نفسه ، وما جاء علي خلاف هذا الأصل يتعين إقامة الدليل عليه ٠
ولذلك تنص المادة ٢/٩٥١ علي انه [عند الشك يفتـرض ان مباشرة الحيازة إنما يحوز لنفسه فان كانت استمرار لحيـازة سابقة افترض ان هذا الاستمـرار هـو لحساب البادئ بها]

والعنصر المعنوي للحيازة له صفة شخصية ، فلا يمكن ان يقوم غيره مقامه فيه ، ليصبح الشخـص حائزا بإرادة غيره ، لذلك يلزم توافر النية في شخص الحائز ٠
وهذا بخلاف العنصر المادي الـذي يمكـن ان يتـوافر لحساب الحائز لدي شخص أخر ٠
ومع ذلك يوجد استثناء خاصا لحيـازة غير المميز في المادة ٩٥٠ مدني التي تنص علي انه [يجـوز لغير المميز ان يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيـابـة قـانـونية]

١- د ٠ جمال الدين زكي ص ٥١١ ف ٢٨٤
٢-د ٠ السنهوري جـ ٩ص٧٩٥، د ٠ البدراوي ص٤٩٦ ، د ٠ الصده ف٣٤٨

[ذلك ان العنصر المعنوي وهو النية ، لا يمكن ان يتوافر لدي عديم التمييز ،لانعدام إرادته ، فاجيز ان يتوافر لدي النائب عنه ، ليجتمع عنصرا الحيازة في شخص نائبه بدلا منه ٠](١)

وكذلك الحال بالنسبة الي الشخص الاعتباري ، فمن يمثل هذا الشخص يصح ان يجتمع لديه العنصران المادي والمعنوي فيكسب الشخص الحيازة ٠ (٢)

أحوال انتفاء الحيازة :

تنص المادة ١/٩٤٩ مدني علي انه :
[لا تقوم الحيازة علي عمل يأتيه شخص علي انه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير علي سبيل التسامح ٠]

ويفهم من هذا انه يوجد أحوال لانتفاء لحيازة إما لعدم توافر ركنيها المادي والمعنوي أو لعدم وجود أحد الركنين ، وهذا ما يدفعنا لبيانها فيما يلي :

أولا - الحيازة المرخصة

عبارة عن العمل الذي يأتيه شخص علي انه مجرد رخصة من المباحات ، وله الحرية التامة في فعله أو عدم فعله فإذا فعله لم يكن لاحد منعه منه ، لانه لا يتعدي علي حق أحد ٠
حيث ان العمل في هذه الحالة ما هو إلا محض رخصة يأتيها ، فلا هو في إتيانها حاز حقا لاحد ولو مجرد حيازة مادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده عنصر

١- د ٠ جمال الدين زكي ف ٢٨٤ ، د ٠ السنهورى ف ٢٦٩
٢- د ٠ عبد المنعم الصده ف ٣٥١ ص ٥٤٣

قصد استعمال حق لاحد ، ومن ثم لا تقوم الحيازة بإتيان هـــذه الرخصة لتخلف عنصريها ٠ (١)
مثل ما لو فتح المالك مطلا علي مسافة قانونية ، او منورا في حائط يقيمه علي حدود ملكه ، فالمالك في هـذيـن المثـاليـن لا يكسب حقا في منع جاره من البناء علي حدود أرضه مهما طال الزمن حتى ولو أدى البناء إلى حجب النظـــر عـــن الـجـار فى المثال الأول ، أو حجب الضوء عنـه فـي المـثـال الثـانـــي ٠

ثانيا - الحيـــازة علـى سبيل التسامـــح :

المراد بها هي الأعمال المبنية علي التســامح والتي لا تستند إلى رخصة أو حـــق يقـــرره القانون ، ولكن الغيـــر يتحملها رغم ما فيها من تعد علي ملكه ، تسـامحـا منه حفظا لعلاقات حسن الجوار ما دامت لا تبلغ حـــدا تحرمه من التمتع بملكه علي الوجه المعتاد ، ولا تسبب له ضــــررا يعتـد بــه ٠
مثل ما لو أباح شخص لجاره بالمرور في أرضه أو فتـح مطـل علي مسافة غير قانونية علي سبيل التسامح بين الجيـــران ، فانه والحالة هذه لا تكسب ارتفاقا بالمطل أو بالـمــرور مـهـمـا طالت المدة لتخلف الركن المعنوي ، وعلي ذلك يستطيع المــالك في أي وقت إذا ازدادت المضايقات ان يرجع في ترخيصه فيمنع المرور في أرضه ، دون ان يستطيع الجـــار ان يـــدعي كسب ارتـفـــاق بالمـــرور او المطل ولو مرت علي هــذا الـمـوضـع مدة التقادم ٠ (١)
وتقديـــر ما إذا كان العمل يدخل في أعمال التسامح أو لا ، أمر يرجع إلى قاضـــي الموضوع بلا معقب عليه من محكمة النقض ما دام تقديره مستساغا ٠(٢)

١- د ٠ الصده ف ٣٥٢ ، د ٠ منصور مصطفي منصور الملكية ف١٦٢ ؛ د ٠ حسون طه ص ٢١٠ ف ٢٤٤

٢- د ٠ جمال الدين زكي ص٢٨٦ وقد أشار إلى نقض ١١يناير ١٩٤٥ ٠

ثالثا - الحيـــازة العـــرضيـــة :

هـي سلطة فعلية يباشرها الشخص علي شئ بموجب اذن من المالك او صاحب الحق العيني ، أو بناء علي ترخيص من القانون او القضاء ، وذلك لحساب الحائـــز الحقيقي ٠(١)

او هي سيطـــرة مادية تكون لشخص علي شئ بإذن من صاحب الحق عليه ٠(٢)

او هي حيـــازة الشيء لحساب الغير ، دون ان تكون لدي الحائز نية تملكه او اكتساب حق عيني عليه ٠ (٣)

فالحـائـز العرضي لا تتوفر لديه نية الظهور بمظهر المالك او صاحب حـق عينـــي أخـر علي الشيء ٠ فحيـــازته للشيء لا تعتبر حيازة قانونية ، لـوجـــود العنصر المادي فيها دون العنصر المعنوي ٠

والحـــائـــز العـــرضـي مثل المستأجر والمستعير والمودع لديه والناقل والتابع كالخادم والعامل والمستخدم حيث يعهد إليه المتبـوع بأشيـــاء ممـلـــوكة لـــه والوكيل والحارس القضـائـــي و السنديـك والـــوصـــي والـــولي والقيـــــم ٠ فكل أولئك يستعملون الشيء أو ينتفعون به أو يديرونه لحساب غيرهم أو يحافظون عليه ٠

فالحيازة القانونية هنا لمن يعملون لحسابه(الحائز الحقيقي) وهو المؤجر أو المعيـر أو المـــودع أو الـــراسل أو المتـبوع أو الأصيل ٠ وهؤلاء الحـائـــزون حيـــازة عـــرضية يطلق عليهم الحـــائـــزون (بـالـــوســـــاطـــة) ٠ (٤)

١- د ٠ الصده ف٣٥٣   ٢- د ٠ جمال الدين زكي ف ٢٨٧

٣- د ٠ حسون طه ص ٢١١

٤- د ٠ الصده ف٣٥٣ ، د ٠ جمال الدين زكي ف٢٨٧

وليس هنـــاك مـــا يمنع من اقتران الحيازة العرضية بحيازة قانونية في حالة ما إذا استنـــد الحائز في وضع يده علي الشئ إلى حق عيني غيـــر الملكية كصاحب حـــق الانتفاع او حق السكني او حق الاستعمال والدائن المرتهن رهنا حيازيا ٠ فكـل من هؤلاء يكون حائزا قانونيا بالنسبة للحق العيني الـــذي لــه علي الشئ ، وحائزا عرضيا بالنسبة لحق الملكية ، إذ الحـائـز الحقيقي هو مالك الرقبة ٠(١)

إذا [فالحائز العرضي كل شخص انتقلت إليه بناء علي عقد أو حكم او نص في القانون السيطرة المادية علي الشئ من حائزه ليباشرها لحسابه وباسمه ، ويستند من ثم في سيطـرته المادية في كل الأحوال إلى سند قانوني ، يخلـــع علـــي حيـــازته صفة العرضية لانه يتضمن اعترافا بحق الحائز الحقيقي ، ويقع عليه بموجبه ، التزام برد الشئ إلى حائزه في الأجل الذي يحـــدد في العقد أو ينص عليه في القانون].(٢)

خصائص الحيـــازة العـــرضيـــــة :

مما تقدم من التعريفات السابقة للحيازة العرضية يمكن معرفة خصائصهـا مـن حيث أسبابها وأثارها ، والطابع المطلق لها ودوامها ونـبـيـن هـذه الخصـائـص فيـما يـلـــي :

(١)- أسباب الحيازة العرضية:

تتمثل هذه الأسباب في السند القانوني للحيازة العرضية ، لان الحائز العرضي يحوز الشيء بموجب السند القانوني الذي يتمثل فـي عقـد مـع المالك او نص مـن القـانـون او حكم من القضاء للقيام بأداء مهمة معينة ٠ فالمستأجر سنده عقد الإيجار

١ - د ٠ حسون طه ص ٢١١، ٢١٢ ٢ - د ٠محمود جمال الدين ف٢٨٧

والولي سنــده نــص القانون ، والحارس القضائي سنده حكم القضـاء الــذي أقامه حـارســا وكلفـه بادراة هذه الأموال ٠ إذا الحيــازة العرضية مستندة إلى حق دائما ولا تكون مخالفة للقانون بعكس الحيـــازة القانـونية فقد تكون مستندة إلى حق دائما وقد لا تكون كذلك أي غير مستنـدة إلى حق ، كالسارق والغــاصب فـانـهمــا يحــوزان الشيء حيازة قانونية (١) لتــوافــر ركنيهـا المادي والمعنوي ولكن بدون وجه حق ٠

٢- اثار الحيازة القانونية لا تتحقق فى الحيازة العرضية

حيث لا تؤدي الحيازة العرضية إلى كسب حق بالتقادم ، لانتفاء أحد عنصـــري الحيازة التي تؤدي قانونا الي كسبه ٠ وبهــذا تنــص المادة ١/٩٧٢ علي انه [ليس لاحد ان يكسب بالتقادم علي خلاف سنده فلا يستطيع أحد ان يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الــذي تقــوم عليه هــذه الحيـــازة]

فعقد الإيجار هو سند المستأجر في حيـــازته العرضية ، يتضمن اعترافا بحق حائز العين المؤجرة وهو المؤجر وكذلك الشان في كل سند انتقلت بموجبه العين الي حـــوزة الحـائـز العرضي ٠ (٢)
[وما يصدق علي الحائز العرضي يصدق علي خلفه العام الذي تنتقل إليه حيازة سلفه ، فتبـقي الحيـازة عرضية بالنسبة إلى الورثة ومن ثم لا يجوز لهم ان يتملكـــوا الشيء بالتقادم، حتي ولو كانوا يجهلون سبب حيازة مـــورثهـــم وتوفرت لديهم نية التملك ، اما الخلف الخاص كالمشتري فانه يتملك بالتقــادم لانـه لا يخلف السلف في حيازته وانما يبـــدا حيـــازة جديدة ٠ (٣)

١- د٠ الصده ف ٣٥٤

٢ - د٠ جمال الدين زكي ص٥١٨- د٠ السنهوري ص٨٢٧
د٠ الصده ص٣٥٥

٣- د٠ عبد المنعم الصده ص٥٥١ ف ٣٥٥

ولا يستطيع الحائز العرضي ان يلجا إلى دعاوى الحيازة لحماية حيازته العرضية إلا بدعوى استرداد الحيازة وفقا للمادة ٢/٩٥٨ [ويجوز أيضا ان يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره] وذلك لاسباب تتعلق بالمحافظة علي الأمن في الجماعة ، وللمستأجر دون غيره جميع دعاوى الحيازة وفقا للمادة ١/٥٧٥ التي تنص علي انه [لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من أجنبي ما دام المتعرض لا يدعي حقا ، ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق في ان يرفع باسمه علي المعترض دعوي المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد]
أما دعوي منع التعرض أو وقف الأعمال الجديدة او غيرها فلا يجوز للحائز العرضي رفعها كما لا يجوز له ان يتملك الثمار إلا إذا كان له الحق فيه بموجب العقد الذي يعتبر سندا لحيازته كمستأجر الأرض الزراعية ،

٣- صفة الإطلاق للحيازة العرضية :

وللحيازة العرضية صفة الإطلاق ، تثبت لها الصفة العرضية في مواجهة كافة الأشخاص ، ويترتب علي ذلك أنها لا تنتج أثرا ضد أي شخص ، فلا يجوز للحائز العرضي ان يتمسك بالتقادم أمام أيّ فرد مهما كانت صفته ، فإذا استأجر شخص عقارا من غير مالكه وظل واضعا يده عليه بصفته مستأجرا مدة خمس عشرة سنة ثم أقام عليه المالك الحقيقي دعوي الاستحقاق فلا يجوز له ان يتمسك بالتقادم ضد المالك لان حيازته تعتبر عرضية في مواجهة هذا المالك ، إلا ان المؤجر يعتبر هو الحائز الحقيقي ، حيث يجوز له ان يتمسك بالتقادم أمام المالك ، فالمستأجر هنا حائز لحساب المؤجر ،(١)

١- المرجع السابق ف ٣٥٦

٤ـ استمرارية صفة الحيازة العرضية :

ومعني ذلك ان الحيازة العرضية تظل علي صفتها مهما طالت عليها المـدة · فهـي تبقي حتى بعد حلول الميعاد المعين لرد الشيء أو بعد ان يبطل الالتـزام بـرد الشيء او ينقضي بالتقادم ويترتب علي ذلك ان الحيازة العرضية تنتقـل من الحائز العرضي إلى وارثه حيازة عرضية كما هو الأمر عند المورث ، وأيضا تنتقل من وارث إلى وارث دون تغيير صفتهـا

فلو ان حائزا عرضيا كمودع عنده أو حارس بقي واضعا يده علي العين المودعة أو الموضوعة تحت الحراسـة فترة من الزمن ثم خلفه عليها وارثه ثم وارث وارثه ، وبقـي الورثة واضعين اليد علي العين مددا طويلة أخرى ، ولو بلغت هذه المدة مائة عام أو اكثر · فان أحدا منهم لا يكسب ملكيـة العين بالتقادم لان كلا منهم حيازته عرضية · سواء أكـان الوارث حسن النية أو سئ النية ·

ولذلك يقول المشرع {{ لا يستطيع أحد ان يغيـر بنفسه لنفسه سبب حيازته ، ولا الأصل الذي تقوم عليه هـذه الحيازة }} [م ١/٩٧٢]

ومؤدى هذا ان تحويل الحيازة العرضية الي حيازة قانونية لا يكفي فيه مجرد تغيير في نية الحـائـز العـارض · فإذا جاء المستأجر يوما واتجهت إرادته من هـذا اليوم الي ان يحوز لحساب نفسه فان هذا ليس من شـانـه ان يجعل منه حائزا قانونيا لكسب ملكية العين المؤجرة بالتقـادم · لعدم وجود فعل ظاهر سيطلبه القانون مقترنا بالنية الجديـدة للحائز · (١)

١ـ د · عبد المنعم الصده ص٥٥٣ ف ٣٥٧

تحويل الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية :

قلنا بان الحيازة العرضية تظل محتفظة بصفتها مهما طال الزمن عليها لان السند الذي يستند إليه الحائز العرضي في وضع يده علي الشيء يتضمن اعترافا منه بملكيتها ، إلا ان الحيازة العرضية قد تتغير صفتها فتنقلب إلى حيازة حقيقية تترتب عليها أثار الحيازة الكاملة ،

ولكن لا يكفي لذلك مجرد تغيير النية للحائز العرضي بل لابد ان يتخذ هذا التغيير المظهر الخارجي الذي يتطلبه القانون ويتحقق ذلك بإحدى وسيلتين :

الوسيلة الأولى : فعل يصدر من الغير

المقصود بالغير هنا أي شخص أخر غير الحائز نفسه وغير المالك الحقيقي للشيء ، وهذا الفعل الذي يغير صفة الحيازة يكون تصرفا ناقلا للملكية يتلقاه الحائز العرضي من الغير فتتغير به صفة حيازته العرضية وتتحول إلى حيازة أصلية حيازة قانونية . مثل ما لو إشتري المستأجر العين المؤجرة ممن يعتقد انه المالك فيتغير سبب وضع يده وتصبح حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك ،
ويشترط لتغيير صفة الحيازة في هذه الحالة حسن نية الحائز أي ان يكون معتقدا ان الغير الذي صدر منه التصرف هو المالك الحقيقي لانه لو كان يعلم بان هذا الغير ليس مالكا فيكون قد أراد ان يغير صفة حيازته بإرادته وهذه الإرادة وحدها لا تكفي لتغيير الحيازة ، (١)

١ـ د ، الصده ف٣٥٧ ، د ، منصور مصطفي منصور (الملكية) ف ١٦٣
د ، حسون طه ، أولا تغير صفة الحيازة بفعل الغير ص٢١٢

الوسيلة الثانية : فعل يصدر من الحائز العرضي يعارض به حق المالك

ومعني ذلك ان الحائز العرضي يقوم بفعل ينطوي علي معارضة واضحة لحق المالك ويؤدى بدلالته الواضحة ان الحائز يظهر بمظهر المالك وانه ما فعل ذلك إلا لكي يحوز لنفسه لا لحساب غيره وانه ماض في إنكار الملكية علي صاحبها واستئثاره بها وحده ٠

كما لو ادعي الحائز العرضي ملكية العين في دعوي يرفعها علي المالك أو في دعوي يرفعها المالك عليه يطالبه فيها برد العين ، أو يدفع الأجرة ، فدفع المستأجر هذه المطالبة بعدم أحقيته منكرا عقد الايجار ومدعيا الملكية لنفسه إمام القضاء أو أمام الجهات الإدارية كالضرائب العقارية بطلب قيد المنزل في السجلات ٠

ولكن ليس من الضروري ان يكون النزاع قضائيا فيكفي ان يعلن الحائز المالك بادعائه ملكية العين بإنذار رسمي او بكتاب مسجل أو غير مسجل أو بإخطار شفوي علي أن يكون عليه هو عبء إثبات الإخطار ٠٠٠٠٠

ومن وقت علم المالك بمعارضة الحائز لحقه تنقلب حيازة الحائز العرضية إلى حيازة أصلية تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها وتصلح لكسب ملكية العين بالتقادم إذا توافرت الشروط واكتملت المدة ٠ (١)

والحائز العرضي الذي يغير حيازته بفعله لا يحصل علي سند جديد لحيازته ، علي نقيض ما يحدث بفعل الغير ، بل يقتصر علي إهدار سند حيازته العرضية ، لتكون حيازته الجديدة دون سند ٠ (٢)

١- د ٠ السنهوري ف ٢٧٢.
٢- د ٠ جمال الدين زكي ص٥٢٣

عيـوب الحيــــازة :

نص القانون المدني في المادة ٩٤٩ مدني علي ما يلي :
[[إذا اقترنت - الحيازة - بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيــها لبس ، فلا يكون لها اثر قبل من وقع عليه الإكراه ، أو أخفيـت عن الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب]]

سبق ان بينا بان الحيازة تقوم علي عنصرين ((المادي والمعنوي)) ورغــم ذلك لا تنتج آثارها القانونية إلا إذا كانت خالية من العيوب التي تشــوبها ، وهــي عــدم الاستمــرار ((التقطع)) والخفاء ((عدم العلانية)) والإكراه ((عدم الهدوء)) والغموض ((اللبس))٠
إذا الحيازة الصحيحة يجب ان تكون مستمرة وظاهرة وهادئـة وواضحة وقد ذكرت المادة السابقة [٢/٩٤٩] هذه العيوب مـا عدا عدم الاستمرار فقد وردت في المـــادة ٢/١٣٩٩ مـــن المشروع التمهيدي ولكن المشرع اغفل عنهــا دون سبب ما وسنبيــن هــذه العيــوب فيـما يلــــي :-

العيب الأول : عدم الاستمرار أو التقطع

حتى تنتج الحيازة أثرها وخاصة توافر الجانـب المادي يجب ان تكون الحيازة مستمرة أو غير متقطعة ، ويتحقق ذلـك باستمرارية مباشرة الأعمال المادية اللازمة علي الشيء الـذي يدعيه في فترات منتظمة أو متقاربة من الحائز حتى يستطيـع الحصول علي كل ثمرة ممكنة من هذا الشيء بشرط ألا يتـخلـل هذه الحيازة فترات انقطاع تشكل عدم استعمال غير عادي لهذا الشيء المحاز بخلاف ما لو كانت فتــرات الانقطـــاع معتـــادة ومألوفة وبقدر استمرارية الحيازة وفقا لطبيعة الحــق المحوز والظروف المحيطة بالشيء الذي يرد عليه كيفية استعمـــاله أو استغلاله ٠

ويـري بعض الفقه ان عدم الاستمرار يعد عيبا مطلقا يجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك به في مواجهة الحائز [ذلك بان الحيازة تكون في ذاتها غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة ، فلكل ذي مصلحة ان يتمسك بعـدم استمـرارها ، لأنها غير مستمرة بالنسبة إليه كما هي غير مستمرة بالنسبة إلى غيره ، فلا يحتج بها عليه] بخـلاف العيـوب الأخـرى فهي نسبية ٠(١)
ويري البعض الاخر بان عدم الاستمرارية لا يعـد عيبـا يلحق الحيازة و انما هو امر يحول دون قيامها كلية لتخلف الـركـن المادي بالتقطع ، ولذلك يؤيدون ترك هـذا العيب في المـادة ٢/٩٤٩ التي ذكرت عيوب الحيازة (٢)

العيـب الثـاني : الخفاء (عدم الظهور)

ومما لاشك فيه ان الحيازة تكون مشوبة بعيب الخفاء إذا لم تكن ظاهرة أو علنية ، لان الحيازة هي الظهـور بمظهر صاحب الحق ، ولهذا يجب ان يتصرف الحائز كتصرف أصحاب الحقوق في حقوقهم دون خفاء ، أما إذا أخفاها أو حـاول ذلك عمن لهم مصلحة في العلم بها ٠ فان الحيازة في هذه الحالة لا تنتج أثارها القانونية إلا من وقت زوال الخفاء ٠
والغالب ان عيب الخفاء لا يتحقـق إلا بالنسبـة للمنقـولات لسهولة إخفائها ، بخلاف العقارات فالأمر فيها نادر الوقـوع ، مثل ما لو قام الجار بالمرور مهما طالت المدة (٣)
ومثل ما لو استحوذ الجار أثناء حرثه لارضه علي جزء مـن ارض جاره بطريقة تدريجية غير محسوسة ، أو قـام الجـار بحفر كهف تحت منزل جاره واستعمله دون عـلاقـة تدل علي ذلك ، فالحيازة هنا معيبة بعيب عدم الظهور ٠

١-د٠ السنهوري ٢٧٧/٩ ، د٠ محمود جمال الدين ف٢٨٩، د٠ عبد الفتاح عبد الباقي ص٤١٢، د٠ محمد علي عرفه ف٧٨
٢-راجع د٠ الصده ف٢٦٧ ،د٠ منصور مصطفي منصور ص٣٩٥ ، د٠البدراوي ص٥٣١
٣-د ٠ الصده ف ٣٦٤ - د ٠ طه ف ٢٥١

العيب الثالث : الإكـــــراه (عدم الهدوء)

فالحيازة حتى تكون صحيحة ومنتجة لأثارها يجب ان تكون هادئة فإذا اقترنت بإكـــراه كانت حيازة معيبة ، ومن ثم تكون غير صالحة أثارها القانونية .

والإكراه الذي يعيب الحيازة هو الإكـراه الذي يصدر من الحائز عند بدء الحيازة ، ومعني هذا ان الحائـــز يحصل علي الحيازة بالإكراه فتكون الحيازة في هذه الحالة مشوبة بعيب الإكراه لان صاحبها حصل عليها بالقوة او بالتهديد .

وتظل الحيازة معيبة طالما بقي الحــائــز محتفظا بها دون انقطاع القوة أو التهديد .

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كـانـت الأعمـــال التي صدرت من الحائز في سبيل الحصول علي الحيازة قد وصـــلت إلى حد الإكراه أو لا .

والإكراه كالخفاء عيب مؤقت يزول بانقطاع الإكراه ، فـإذا زال صارت الحيازة خالية منه وتصبح هادئة من انقطاعه وصالحــة لانتاج أثارها القانونية .

وأيضا فهو عيب نسبي لا يتمسك به إلا من وقع عليه الإكـراه [فإذا كان الشخص الذي انتزعت منه الحيـــازة ليس هـــو المالك ، لم يجز للمالك ان يحتج علي منتزع بعيب الإكراه ، لان المالك ليس هو الذي وقع عليه الإكراه] (١)

أما إذا بدأت الحيازة هادئة فلا يلحقها عيب الإكراه إذا اضطــــر إلي استعمال القوة للاحتفاظ بها ضد من يريد انـتـزاعــها منـه [إذا ان هذا يكون من قبيل الدفاع الشرعي الــذي يثبتِ لكـل شخص يتمتع بمركز واقعي] (٢)

وعـيـب الإكـــراه يشـوب الركن المادي للحيازة إذا هو يتصل بالأعمال المادية التي يمارسها الحائز .

١- د . السنهوري ٩/ ٢٨٣

٢- د . الصدة ف ٣٦٣

العيب الرابع : الغمـوض أو اللـبـس

يشترط في الحيازة ان تكون واضحة لا لبس فيها ولا غمـوض ، أي لا تحتمل الشك أو التأويل أو تفسيرها علي اكثر من وجه فاذا احاطت بها ظـروف تثـير الشك حول ما إذا كان الحائز يريد الاستئثار بالحق لنفسه او لحسـاب غيره ، بحيث لا يظهر بوضوح ما إذا كان الحائز يضع يده علـي الشـيء كمالك له مثلا ، او كمرتهن او كوكيل او كمستأجر •

ومثل ما لو وضع أحد الشركاء يده علي العقار الشائع كله ، ولا يعرف ما إذا كانت النية قد انصرفت إلى الاستئثار بملكية العقار كله ام إلى إدارة العقار لحساب الشركاء جميعا •
وينفرد هذا العيب بأنه يشـوب العنصـر المعنـوي للحيـازة لانه عبارة عن الشك الذي يثور حـول نـيـة الحائـز • (١)

وهذا يعد عيبا مؤقتا ونسبيا كما سبق في الخفاء والإكراه حيث يزول بانتفاء الغموض او اللبس ويتيقن الحائـز بأنه يحـوز لحساب نفسه لا لحساب غيره •
مثل ما لو اقر خادم المتـوفى في قـائمة الجـرد ان المنقولات المحوزة ملك له وحده ، وكـذلـك اللـبس لا يتمسك بـه الا من التبس عليه أمر الحيازة •

خـلافـا للبعـض حيث يـري بان اللبس عيـب مطلـق كعيب عدم الاستمرار الذي يلحق العنصر المادي للحيـازة بخـلاف غيرها فانهما يتصفان بالنسبية • (٢)

١ـ د • حسون طه ف ٢٥٢
٢ـ د • محمود جمال الدين زكي ف ٢٩٢ • ص ٥٣١

إثبـــات الحيـــــازة :-

تنص المادة ٩٦٣ مدني مصري علي انه [إذا تنازع أشخاص متعددون علي حيازة حق واحد ، اعتبر بصفـــة مؤقتة ان الحائز هو من له الحيازة ، إلا إذا ظهـــر انـــه قد حصل علي هذه الحيازة بطريقة معينة]

وتنص المادة ٩٦٤ مدني علي انه [مـن كان حائـزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل علي العكس]

ويفهم من نص المادة ٩٦٣ ان المشرع وضع قرينة خاصة بالسيطرة المادية علي الشيء محـــل الحيـازة ، ويمكن إثباتها باعتبارها واقعـة مـاديـــة بجـميع وسائل الإثبـــات ، وهذه السيطرة تختلف باختلاف طبيعة الشيء ومدي استعمـــاله واستغلاله ، بشرط ألا تكون معيبة بعيب الإكـــراه او الخفـــاء [[لانـهما هما اللذان يعملان علي تكذيب الوضع الظاهر ومن ثم يحولان ، دون ترتيب الأثر القانوني للحيازة ٠ (١)

ووضع يد الحائز علي الشيء المحاز ـ الركن المادي ـ قرينة علي وجود الركن المعنوي حتى يتوافـــر ركني الحيازة ٠لان المسيطر علي الشيء قصد حيازته فالسيطرة قرينة تتطابق مع الوضع الغالب والظاهر الذي هوالاصل وعـلـي من يدعي خلاف ذلك ، فعليه يقع عبء الإثبات علما بان هـــذه القرينة تتفق مع القواعد العامة في الإثبات]] (٢)

ويتضح من نص المادة ٩٦٤ ان المشرع جعل من حيازة الحـق قرينة علي إثبات الملكية ، والقرينة غير قاطعة ، حيـث تقـــوم لصالح الحائز حتى يقيم خصمه مـدعي الملكية الـــدليـــل علي عكس ذلك وانه هو المالك ٠

١- د ٠ السنهوري جـ ٩ ص٩٥٢ ، د ٠ مصطفي منصور ص٣٨٢ ، د ٠ رضا وهدان مصادر الملكية ١٩٩٥

٢- المراجع السابقة

حيث قضت محكمة النقض بان ((الحيازة مجرد قرينة قانونية علي الملك يجوز نفيها ، فإذا كان الحكم قد انتهي إلى ما قرره من نفي ملكية حائز الأرض موضوع النزاع بأسباب موضوعية سائغة فانه لا يكون هناك محل للنعي عليه بالخطا في فهم اثر القرينة المستفادة من الحيازة المنصوص عليها في المادة ٩٦٤ مدني)) (١)

والقرينة التي تبطل قرينة الحيازة تترك لتقدير القاضي حيث له سلطة تقديرية في هذه المسالة ٠

لانه هو الذي يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيازة اقوي فيرفض دعوى الملكية او ان الاحتمالات المستخلصة من القرائن التي قدمها المدعي هي الأقوى فيقضي له بالملكية ٠

وبهذا يكون المشرع قد رسم طريقا لاثبات الملكية ، ووضع لذلك قرينتين قانونيتين :-

إحداهما : ان الحيازة المادية قرينة علي الحيازة القانونية إلى ان يتم إثبات العكس ٠

والثانية : ان الحيازة القانونية قرينة علي الملكية حتى يتم إثبات العكس حيث يستطيع الخصم الذي يتمسك بأنه هو المالك ان يبدا بإثبات حيازته المادية بكافة طرق الإثبات فإذا ما ثبتت الحيازة المادية ، كانت هذه الحيازة قرينة علي الحيازة القانونية إلا إذا أقام الخصم الأخر الدليل علي العكس ٠ (٢)

١- انظر نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ أشار إليه د ٠ السنهوري في هامش ص ٩٥٤

٢- د ٠ السنهوري ص ٩٥٥

انتقال الحيازة :

المراد بانتقال الحيازة : استفادة الحائز من حيازة سلفه الذي تلقي عنه العين المحوزة ، بحيث يضم مدة حيازة هذا السلف إلى مدة حيازته ، لتتكون منها مدة واحدة ٠(١) والحيازة تنتقل إما إلى الخلف العام كالوارث ، و إما إلى الخلف الخاص كالمشتري ٠

ونبين هاتين الحالتين فيما يلي :

أولا :- انتقال الحيازة إلى الخلف العام

الخلف العام هو الوارث او الموصي له بجزء من التركة ، والحيازة تنتقل من الحائز إلى الخلف العام بحكم القانون ، والأموال تنتقل إليه دون حاجة إلى تسليم فعلي بمجرد الوفاة مع استمرار حيازة المورث بذاتها، وبصفاتها معيبة أو سليمة بحسن أو بسوء نية لدي الوارث ٠

فالحيازة هنا لا تعد حيازة جديدة ، لان المورث هو والورثة يكونون شخصية قانونية واحدة بالنسبة لوضع اليد (٢)

فإذا كانت حيازة السلف حيازة عرضية ، فان حيازة الخلف تكون كذلك عرضية لانتقال الصفة إليه ٠
وإذا كانت مشوبة بأي عيب من عيوب الحيازة فإنها تنتقل بنفس العيب سواء أكان إكراها أو إخفاء إلا انه يمكن ان يزول لدي الوارث ٠ (٣)

١- د ٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢٤٩
٢- د ٠ محمود جمال الدين زكي ص ٥٣٧
٣- د ٠ السنهوري ٨٧٧/٩ ، د٠ الجمال ص٢٦٧ ، د٠ الاهواني ص ٢٩١، د٠ رضا وهدان ص٢٢٢

وإذا كـان المـورث حسن النية ، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية أيضا ، إلى ان يعلم ان حيازته اعتداء على حق الغير او يعلـن بـذلك عن طريق صحيفة الدعوى ، فيصبح من وقت هذا التاريخ سيئ النية .
وإذا كان المورث سيـئ النيـة ، انتقـلت الحيازة إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، وتظل كذلك حتى يتمكن الـوارث من إثبات حسن نيته . (١)

ثانيا : انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص

تنص المادة ٩٥٢ مدني على انه [تنتقل الحيـازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطـاعتـه مـن انتقلت إليه الحيـازة ان يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لـم يكن هناك تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق]

ويفهم من هذا النص انه يشترط لانتقال الحيازة إلى الخلف الخاص شـرطـان وهمـا : (٢)

١- وجود اتفاق على نقل الحيـازة بركنيها المادي والمعنوي .
فالحيازة تنتقل من السلف إلى الخلف الخاص إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة الخلـف ان يسيطر على الحق الذي ترد عليه الحيازة .
٢- إن تتـوفـر للخلـف القـدرة على ان يسيطر على الحـق موضوع الحيازة ولا يشـترط لتـوفـر هذه القـدرة ان يقع تسليم مادي للشيء محل هذا الحق ، بل يكفي ان يكون هذا التسليم حكميا أو يكون رمزيا .

١- د . محمود جمال الدين زكي ص٥٣٧
٢- الخلف الخاص هو كل من يجب على الحائز ان يسلم له العين أو يتخلى له عن حيازتها ، إما تنفيذا لالتزام في ذمته بتسليمها إليه او بالتخلي له عن حيازتها كالموصي له بالنسبة للعين الموصي بها و هي في يد الوارث و إما نتيجة لانحلال سنده أو الرجوع فيه . د . جمال الدين زكي ص٥٢٧

التسليم الحكمي:

نصت عليه المادة (٩٥٣مدني) علي انه[يجوز ان يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة او استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه]

فقد ذكر هذا النص صورتين للتسليم الحكمي :

الصورة الأولى : السلف لازال واضعا يده لحساب الخلف مثل ما لو استأجر البائع الشيء المبيع حيث يصبح البائع حائزا عرضيا لحساب المشتري وهو المؤجر ٠

الصورة الثانية : الخلف يضع يده لحساب نفسه ، مثل ما لو اشتري المستأجر العين المؤجرة من المؤجر ،فيظل واضعا يده عليها بصفته مالكا لا مستأجرا ، حيث يصبح حائزا قانونيا بعد ان كان حائزا عرضيا ٠

ومن هاتين الصورتين يتضح بان التسليم الحكمي يتم بتغيير صفه الحيازة حيث تتحول الحيازة بتغيير السند الذي يحدد سبب الحيازة ٠ (١)

١- د٠ عبد المنعم الصده ف ٣٦٩

التسليـــم الـــرمـــزى :

نصت عليه المادة ٩٥٤مدني بقولها [١- تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المـــودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها ،
٢- علي انه إذا تسلم شخص هذه السندات وتسلم شخص أخــر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة]

ولذلك يقول أستاذنا الدكتور عبد المنعم الصده [فالتسليم الرمزي يتحقق إذا تسلم الحائز أداة يستطيـــع بواسـطتـها ان يسيطر علي الشيء ،كما لو تسلم المشتري مفــاتيـح المنـــزل المبيع ، او تسلم مفاتيح المكان الـــذي تـوجـد به المتقـــولات المبيعة وكما لو باع شخص بضائع عهد بنقلها إلى شركة نقـــل او أودعها مخازن عامة فان تسليم سند الشحن او الإيداع إلـــى المشترى يقوم مقام تسليم البضـــائـــع ذاتـها ، حيـث يصبـــح المشترى حائزا لهذه البضائع] (١)

لكن ما الحكم لو تعارض التسليم المادى مع التسليم الرمزى؟؟

((إذا اجتمعت الحيازة الرمزية مع الحيـــازة الفعلية المادية بان سلمت تلك المستندات إلى شخص ، وسلمت البضـــائـــع المعطاة عنها السندات ، إلى شخص أخر واقترن بحســن النيـة فضلت الحيازة الفعلية - لمن تسلم البضاعة - لان الحيـــــازة المادية اكثر واقعية من الحيازة الرمزية ، ولان من حصل علي الحيازة المادية جدير به ان يكون اكثر اطمئنانا ممن لم يحصـل الا علي حيازة رمزية)) (٢)

١- المرجع السابق ص ٥٧١
٢- د . جمال الدين زكي ص ٥٣٩

ولكن يلاحظ ان كفاية التسليم الحكمي او الرمزي لنقل الحيازة هنا مسالة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع ، دون رقابة عليه من محكمة النقض ٠ (١)

وحيازة الخلف حيازة جديدة ومستقلة عن حيازة سلفه ، مما يترتب عليه وجود حيازتين الأولي للسلف والأخرى للخلف ٠ ويجوز للخلف ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته إذا كانت له مصلحة فيه ٠
وبهذا حكمت محكمة النقض [بجواز ضم حيازة المشتري إلى البائع لاكتساب الملكية حيث قالت في حكمها (بأنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فانه يجوز للأخير ان يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون علي الحيازة من أثار ، ومنها التملك بالتقادم المكسب بحيث لا تقل مدة الحيازتين عن ١٥ سنة ، وقالت المحكمة : ان ذلك يتم بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه ام غير مالك ، متي كانت الحيازة قد انتقلت إلى الخلف علي نحو يمكنه السيطرة الفعلية علي الشئ ولو لم يتسلمه تسلما ماديا ، اذ المقرر ان الحيازة متي توافرت لها الشروط التي استلزمها القانون واستمرت ١٥سنة ، تعد بذاتها سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيرها من أسباب اكتسابها] (٢)

وبهذا نصت المادة ٢/٩٥٥ فقالت :(ويجوز للخلف الخاص ان يضم إلىّ حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون علي الحيازة من اثر)
وتقدير ذلك يكون وفقا لمصلحة الخلف الخاص سواء بالضم او الفصل ويكون هذا أمام محكمة الموضوع ٠(٣)

١- نقض مدني ٣٠ يناير ١٩٤٧ م
٢- تم نشره في جريدة الأهرام اليومية في ١١يناير ١٩٩٦
٣- نقض مدني ٣٠ /٦/ ١٩٧٦ طعن ٣٧س ٣٩ص١٤٦٢ رقم ٢٧٧
د ٠ السنهوري جـ٩ ف١٠٣ ص٨٨١ وما بعدها

زوال الحيـــازة :

تنص المادة ٩٥٦ مدني علي انه [تزول الحيـازة إذا تخلي الحائز عن سيطرته الفعلية علي الحق او إذا فقد هـذه السيطرة باية طريقة اخري ٠]

ومع ذلك لا تنقضي الحيازة اذا حال دون مباشـرة السيطرة الفعلية مانع وقتي (م١/٩٥٧مدني) ٠

ويفهم مما سبق انه يتعين لوجود الحيـازة توافر عنصريها المادي والمعنوي فاذا فقدت عنصريها معا او احدهما وبقي الاخر معنويا كان او ماديا

فان الحيازة تزول في هـذه الحـالات الثـلاث وهـي :

١- الـزوال بفقـد العنصرين معـا ويتحقق ذلك في حالتين:

الأولى : حالة الاتفاق كالبيـع او الهبـة او اعتراف المالك بحقه وسلمه له بالاختيار او الجبر بموجب حكم في دعـوي الاستحقـاق الـذي رفعـه المالـك علي الحائز ٠

الثانية : في حالـة تخلي الحائز بارادته وحده عن سيطرته المادية علي الشئ بنية ترك حيازته ، وهذا التخلي غير مصحوب بانتقال الحيازة ٠

٢ـ تزول الحيازة بفقد عنصرها المعنوي وحده إذا استبقي الحائز سيطرته المادية علي الشئ الذي يحوزه ، وفقد نية حيازته لحساب نفسه كان باع الحائز هذا الشئ وظل الشئ في يده مستأجرا او مستعيرا له حين يستبدل بالحيازة القانونية حيازة عرضية ٠(١)

٣ـ تزول الحيازة بفقد عنصرها المادي وحده بدون اختيار كما في حالة ما لو فقد الحائز سيطرته المادية علي الشيء المحوز بان ضاع او سرق منه إذا كان منقولا او اغتصب منه إذا كان عقارا ٠

فالحائز في هذه الحالة فقد العنصر المادي للحيازة دون عنصرها المعنوي ٠

الا ان الحائز لا يفقد حيازته إذا حال بينه وبين السيطرة المادية علي الشيء محل الحق الذي يحوزه مانع وقتي كما لو احتل الأرض العدو او امتلأت الأرض بمياه الفيضانات (٩٥٧/ ١ مدني) ٠

وأيضا لا يفقد الحائز حيازته بمجرد فقده السيطرة الفعلية علي الشيء إذا كان فقده له راجعا الي وضع شخص اخر يده عليه رغم إرادته ودون علمه ٠

لانه يكون له في هذه الحالة دعوي استرداد الحيازة في بحر سنة من الوقت الذي بدا فيه وضع يد الغير إذا بدا علنا او من وقت علم الحائز به إذا بدا خفية ، فإذا انقضت السنة دون ان تسترد الحيازة علي النحو السابق فقدت ٠ (٢)

١ـ د ٠ جمال الدين زكي ف٢٩٦ ص ٥٤٣

٢ـ د ٠ مصطفي الجمال ف ١٦٨ والمادة ٢/٩٥٧

صفـــات الحيـــــازة

تنص المادة ١/٩٦٥ مـــدنـــي علي انه [١- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل انه يعتدي علي حق الغير ، الا اذا كان هذا الحق ناشئا عن خطـا جسيـــم ٠
٢- فاذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية مـن يـمثلـه ٠
٣- وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل علي العكس ٠]

تتحقق الحيازة للشخص المسيطر علي الشيء إذا تـوافــرت عناصرها ، وكـانـت خـاليـــة مـــن العيـــوب التي ذكرناها ٠ والحائز بعد ذلك يكون حسن النية او يكون سيــئ النيـــة ٠

وأهمية التمييز تتضح في عـــدة أمـــور :

١- استرداد الحائز المصروفات النافعة التي يكون قد أنفقـهـا علي الشيء محل الحيازة من المالك ٠

٢- مسئـوليـــة الحـــائـــز عن هـــلاك هـذا الشيء ٠

٣- اكتســـاب الـملكيـــة بالـحيـــــــازة ٠

ويفهم من النص السابق ان الحائز يكون حســـن النية إذا كان يجهل انه بحيازته للحق يعتدي علي حق غيـــره ، وهو مفهوم شخصي بحت ينظر فيه الي كل حائز علي حـدة ٠

الا ان المشرع قد اعتبر الحائز سئ النية بالرغـــم من جهله الاعتداء علي حق الغير ، إذا كان هذا الجهل ناشئـــا عن خطا جسيم ٠

كما لو اشتري عقارا من شخص لم يقدم له أي مستندات تؤيد ملكيته للعقار ، فهو سيئ النية رغم جهله انه يشتري من غير مالك ٠
ولا يجـوز لــه التمسك بالحيــازة قصيــرة المــدة لاكتساب الملكية ٠(١)

والعبـــــرة فـي تقـديـر حسن النية بنية الحـائــز ذاته ٠ إلا إذا كان الحائز عديم الإرادة وكان يحوز عن طـريق ممثله ، فالعبرة تكون بنية هذا الممثل قياسا علي الشخص المعنوي إذا كان حائــزا فالعبـــرة بـنية مـن يمثـلـــه ٠ ((٢/٩٦٥))

والحائز يعد سيئ النية في حالات ثلاث : - (٢)

١- في حالة ما إذا كان عالما انه بحيازته يعتدي علي حق الغير كالســارق وكالمشتــري شيئـا ممن يعلـم انه لا يملكه ٠

٢- حالة من كان باستطاعته ان يعلم بان حيازته تمثل اعتــداء علي حق الغير ، لو انه بـذل اليسيـر مـن الجهـــد ٠ كما لو اشتــري شيئـا ذا قيمة ممن هـو معروف باحتراف السرقة ، او اشتري شيئا من المرتهن ٠

٣- حالة ما لو اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره حتى ولو كان يعتقد ان الحق الذي اغتصبه حيازته هو حقه ٠ (٢/٩٦٦)

وحسن النية أمر مفترض دائما بالنسبة للحائز ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك وفقا للمادة ٢/٩٦٥ ٠

١- نقض مدني ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ص٢٤ ٠ أشار إليه د ٠ مصطفي الجمال ص ٢٧٤

٢- المرجع السابق ص٢٧٤- ٢٧٥ هامش

فالحائز ليس عليه إثبات حسن نيته ، و إنما الواجب علي المدعي للحق الذي يجوزه ان يقوم بإثبات سـوء نيـة الحـائـز كما لو ثبت بان الحائز كان يعلم بان حيازته تتضمـن اعتـداء علي الغيـر ، أو انه كـان ينبغي عليه ان يعلـم بذلك لو بـذل جهدا قليلا .

ويجوز للمدعي إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنها واقعة مادية .
والحيازة تظل محتفظة بالصفة التي بدأت به وقت كسبها حتـى يثبت العكس (٩٦٧مدني)

فإذا بدأت الحيازة بحسن نية فإنها تظل كذلك حتـى يقوم صاحب الحق بتقديم الدليل علي سوء نية الحائز ، ويصبح سيئ النية من الوقت الذي يصبح فيه عالما ان حيازته اعتـداء علي حق الغير (١/٩٦٦) كما يزول حسن النية من وقـت إعـلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى حيث انه من هـذا الوقت سيئ النية .
حتـى ولـو كـان يعتقد وقـت الإعلان انـه صـاحب حـق .

وأيضا لو بـدأت الحيازة بسوء نية . وعلي صاحب الحق إثبات ذلك - فان الحائز يظل سيئ النية . وتنتقل منه إلى خلفـه العام حيث يعتبر الخلف العام سيئ النية - كالوارث - مـا لـم يثبت انه حسن النية .

بخلاف حيازة الخلف الخاص حيث يكون لها صفـاتـها الخاصة بها عن صفات حيازة السلف .

فإذا كان السلف سيئ النية ، فان ذلك لا يـمنـع من افتراض حسن نية الخلف من وقت بدء حيـازتـه عملا بالأصل الـعـام المقرر في هذا الصدد ، وذلك حتى يقوم مدعي الحـق بـإثبـات سوء نيته .

دعـــاوى الحيـــازة الثـــلاث [حماية الحيازة]

لقد وضع المشرع لحماية الحيازة دعاوى ثلاث هي :

١- دعوى استرداد الحيازة لحماية الحائز الذي انتزعت منه الحيازة عنوة أو خلسة ٠

٢- دعوى منع التعرض لحماية الحائز الذي تعرضت حيازته للاعتداء أو التهديد ٠

٣- دعوى وقف الأعمال الجديدة لحماية الحائز الذي تتهدد حيازته أو توشك حيازته ان تتعرض للاعتداء أو التهديد من جراء أعمال بدأت ولكنها لم تتم ٠

خصـــائـص هـــذه الدعـــاوى :

هذه الدعاوى تتميز بعدة خصائص وهي :-

أ- دعاوى الحيازة تحمي الحيازة في ذاتها :
بصرف النظر عما إذا كانت تستند إلى حق قائم قانـونا أو لا ٠ ويترتب علي ذلك ان المدعي (الحائز) لا يطلب منه إثبـات انه مالك للأرض أو صاحب الحق الذي يحوزه ، بـل يكتـفي منه إثبات حيازته للأرض بالشروط الواجب تـوافـرها فـي الحيـــازة القـانـونيـــة ٠ (١)

١- د ٠ مصطفي الجمال ص٢٧٨

ولا يستطيع المدعي عليه في هذه الدعاوى دفعها بالاستناد إلى الحق ولا تقبل دعواه بالحق أو بملكية الأرض قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الصادر فيها .

ولا تقتصر هذه الدعاوى علي حق الملكية بل تقوم بحماية الحقـوق المتفـرعة منه كحق الانتفاع وحق الارتفاق أو حائز حق رهن الحيازة أو حق المستأجر . (١)

ب - دعاوى الحيازة تتسم بطابع الاستعجال :

نظرا لـم تتسـم بـه إجراءاتها من بساطة وسرعة ، ولذلك تـدخـل في نطاق اختصاص القاضي الجزني ايا كانت قيمة العقار حتى ولـو زادت هذه القيمة علي نصاب هذا القضاء وهذا الاختصاص أمر يتعلق بالنظام العام .
(اختصاص نوعي)

بعكس دعاوى الملكية (الاستحقاق) فـإنها معقدة وطويلة بل ينظر إلى قيمة الحق الذي علي ضوئه يمكن تحـديـد درجة التقاضي

جـ - دعاوى الحيازة تحمي حيازة العقار دون حيازة المنقول

لان الحيازة في المنقول تعتبر سندا للحق إذا ما توافرت شروطها[الحيازة في المنقول سند الملكية] ، فإثبـات الحيازة في المنقول يكون في اغلب الأحـوال كافيـا لاثبات الحق .

١- د . السنهوري جـ٩ ف ٣١٣

ونبين في عجالة هذه الدعاوى الثلاث :

أولا ـ دعوى الاسترداد

بين المشرع أحكامها في المواد ٩٥٨ـ ٩٦٠ حيث نصت المادة ٩٥٨ مدني مصري بقولها :
[[لحائز العقار ، إذا فقد الحيازة ان يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه ، فإذا كان فقد الحيازة خفية ، بدا سريان السنة من وقت ان ينكشف ذلك
٢ - ويجوز أيضا ان يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره]]

ويفهم من نص هذه المادة بأنه يجوز رفع هذه الدعوى من الحائز للعقار حيازة قانونية او حيازة عرضية (كالمستأجر) حيث أجاز المشرع رفع هذه الدعوى ممن كان حائزا بالنيابة عن غيره ٠
وترفع هذه الدعوى خلال سنة بدايتها من وقت اخذ الحيازة بالقوة أو من وقت العلم بانتزاعها إذا أخذت خفية ٠
وترفع هذه الدعوى علي من قام بانتزاع الحيازة لرد الاعتداء غير المشروع ٠
[وإذا أراد الحائز استرداد العين وكان كل من المسترد (المدعي) ومنتزع الحيازة لم تمضي علي حيازته سنة كاملة حكم لمصلحة من كانت حيازته افضل ، والحيازة الفضلي هي الحيازة التي تقوم علي سند قانوني ٠ فإذا لم يكن لدي أي من الحائزين سند او تعادلت سنداتهما كانت الحيازة الأحق بالتفضيل الحيازة الأسبق في التاريخ ، فلو ادعي أحدهما بأنه موصى له بالعقار ، وادعي الأخر بأنه ورثه ، فان حيازة الأول هي الفضلي لأنها اسبق في تاريخ السند القانوني الذي يستند إليه طالب الاسترداد ٠] (١)

١- د ٠ حسون طه ص ٢٢١- أنظر المواد ٩٥٩٠ ٩٦٠ مدني وشرحها بالتفصيل د ٠ السنهوري ف ٣١٨ وما بعدها

ثانيا ـ دعـوى منــع التــعـرض

تـنـص المـادة ٩٦١ مــدنــي مصــري علي ان :
[من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته ، جاز ان يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هـذا التعرض]

ومن هذا النص يتضح لنا بان أحكام هذه الدعوى تتمثل في عدة أمور :-

الأمر الأول : ان هذه الدعوى لا ترفع إلا من الحـائز حيــازة قانونية حيث لا يجوز رفعها من الحـائز العرضي الذي يحوز لحساب غيره خلافا لدعـوي الاسترداد

الأمر الثاني : ان هذه الدعوى قاصرة علي الحـائز للعقار سنة كاملة قبل التعرض له في حيـازته ولو كان سيئ النية بشرط استمرار الحيــازة هادئة ومستقرة وعلانية لا لبس فيها ولا غموض مدة هذه السنة ولابـد ان يـرفعهـا بنفسه ، وحسن النية أمر مفترض دائمـا مـا لـم يقم الدليل علي العكس

الأمر الثالث : ان هذه الدعوى مناطها هو حدوث تعرض للحائز القانوني وهـذا التعـرض هـو كل عمل مادي أو قانوني يتضمن بطـريق مباشـر أو غير مباشر ادعاء يعارض به المــدعي عليه حيازة المدعي كما لو قام المدعي عليه بوضع يده علـي العقار دون اذن من الحائــز أو مروره في ارض مدعيا عليها حق مرور، أو قـام بإنـذار الحائز بعـدم البناء في الأرض الذي يحوزها ، أو قام برفـــع دعوى علي الحائز ، أو قـام بتنفيـذ حكـم علي الحائز دون ان يكون الحائز طرفا في الخصومـة التي صدر فيها الحكم .

ثالثا ـ دعوى وقف الأعمال الجديدة

هذه الدعوى نصت عليها المادة ((٩٦٢ قانون مدني)) فقالت:

[١- من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة وخشي لاسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له ان يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال ، بشرط ألا تكون قد تمت ولو لم ينقض عام علي البدء في العمل الذي يكون من شانه ان يحدث الضرر .

٢- وللقاضي ان يمنع استمرار الأعمال أو ان يأذن في استمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي ان يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لاصلاح الضرر الناشئ عن هذا الوقف متي تبين بحكم نهائي ان الاعتراض علي استمرارها كان علي غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحا للضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل علي حكم نهائي في مصلحته .]

ومن هذا النص يتبين لنا عدة أحكام هي : (١)

أولا :- ان المدعي في هذه الدعوى هو نفس المدعي في دعوى منع التعرض .
فهو الحائز للعقار حيازة أصلية وهادئة ومستمرة وعلانية ، وقد دامت سنة كاملة علي الأقل .

ثانيا :- يرفعها الحائز الذي يخشي التعرض له من أعمال جديدة تهدد حيازته ويطلب فيها وقف هذه الأعمال .

١- انظر د . السنهوري جـ٩ ص٩٤٣- ٩٤٩
د . مصطفي الجمال ص٢٨٢وما بعدها
د . رضا وهدان مصادر الملكية ١٩٥٥ص ٢٣٣- ٢٣٤
د . حسون طه ف٢٥٧

ويراد بالأعمال الجديدة الأعمال المادية التي لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة كما لو بدا شخص ببناء حائط لو تم لسد النور علي المطل للجار وتقدير ما إذا كانت هذه الأعمال لو تمت ستهدد حيازة المدعي أم لا أمر متروك للقاضي لما له من سلطته التقديرية في هذا الموضوع مستعينا بأهل الخبرة أو بالمعاينة بنفسه للموقع محل الدعوى ٠

ثالثا:- يشترط في هذه الدعوى عدة شروط كالدعويين السابقتين وهي :

أ- ان تتوافر شروط الحيازة للمدعي وخاصة وضع يده علي العقار لمدة لا تقل عن سنة ٠

ب- وان ترفع قبل تمام الأعمال الجديدة وفي خلال سنة من وقت بدء هذه الأعمال ٠
فإذا رفعت بعد هذه المدة لا تقبل حتى ولو كانت الأعمال الجديدة لم تتم ، ومدة السنة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم ٠ فإذا تمت هذه الأعمال فان الدعوى التي يرفعها الحائز هي دعوى منع التعرض وليست دعوي وقف الأعمال الجديدة ، وفي هذا تختلف الدعويان : ففي حين لا ترفع دعوى منع التعرض إلا إذا وقع التعرض فعلا ، يمكن ان ترفع دعوي وقف الأعمال الجديدة لمجرد الخشية من التعرض بسبب هذه الأعمال ٠(١)

رابعا :- ان الحكم الصادر في هذه الدعوى يكون بوقف الأعمال الجديدة وفقا للتفصيل الذي ورد في المادة ٢/٩٦٢ التي أشرنا إليها سابقا ٠

١- د ٠ حسون طه ص٢٢٣

الفرق بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية

مما سبق عرضه يتبين لنا بان دعاوى الحيازة لا تحمي إلا الحيازة في ذاتها ولا شان لها بموضوع الحق بخلاف دعاوى الملكية التي تحمي الملكية أي موضوع الحق ولا شان لها إلا حيث تكون الحيازة سببا لكسب الملكية ٠

ودعاوى الحيازة يقابلها دعاوى الملكية :

فدعوى الاسترداد في الحيازة يقابلها دعوى الاسترداد للملكية (دعوى الاستحقاق) ٠
ومنع التعرض في الحيازة يقابلها دعوى منع التعرض في الملكية ٠
ودعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة يقابلها دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية ٠

وتثبت الحيازة بإثبات العنصر المادي بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة وخلوها من العيوب إلا إذا ظهر ان الحائز قد حصل علي هذه الحيازة بطريقة معيبة [مادة ٩٦٣ مدني] بخلاف الملكية فإنها تثبت من قيام صاحب الحق بحيازته ٠ والمشرع أقام قرينة علي ان الحيازة قرينة علي الملكية ، وهي غير قاطعة ، حيث تقوم لصالح الحائز حتى يقدم مدعي الملكية الدليل علي عكس ذلك وانه هو المالك ٠

ووسائل إثبات الملكية فيها ما يكون دلالته يقينية كالسجل العيني والتقادم والحيازة ، ومنها ما يكون ذات دلالة ظنية وهي قرائن قضائية كسند التملك ، والمكلفة ، ودفع الضرائب وخريطة الزمام والتسجيل ٠

وإذا كانت الحيازة أحد طرق إثبات الملكية فان القانون استعان في ذلك بقرينتين :

الأولى : ان الحيازة المادية قرينة علي الحيازة القانونية إلى ان يثبت العكس .

الثانية : ان الحيازة القانونية قرينة علي الملكية إلى ان يثبت العكس .

ولا يجوز الجمع بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية وهذه القاعدة ملزمة للمد عي والمدعي عليه وللقاضي . فلا يستمد من أيهما أسباب للأخرى . (١)

١- د . السنهورى جـ ٩ ص ٩٥٠- ٩٦٣
د . رضا وهدان ص ٢٣٥ ف ١١٥